Das Recht

des

Familienfideicommisses.

Dargestellt

von

Dr. William Lewis.

Berlin.
Weidmannsche Buchhandlung.
1868.

Das Recht

des

Familienfideicommisses.

Dargestellt

von

Dr. **William Lewis.**

Berlin.
Weidmannsche Buchhandlung.
1868.

Georg Beseler

gewidmet.

Vorwort.

Die erste umfassende Darstellung des Rechts des Familienfideicommisses, der Tractat des Syndicus der Stadt Eßlingen Philipp Knipschildt, de fideicommissis familiarum nobilium, hat das seltene Schicksal gehabt, daß sie bis auf unsere Zeit, also über zwei Jahrhunderte für die gedachte Materie das Hauptwerk geblieben ist. Die nach diesem Buch erschienenen Schriften, welche sich auf denselben Gegenstand beziehen, behandeln entweder nur einzelne Lehren des Instituts oder gehen nur kurz auf dasselbe bei Gelegenheit einer Darstellung des ganzen Rechtssystems oder doch größerer Theile desselben ein, oder sind nicht dem gemeinen, sondern einem bestimmten Particularrecht gewidmet. Die im Jahre 1816 erschienene Abhandlung von Moshamm will freilich ganz allgemein eine Entwickelung der rechtlichen Verhältnisse bei deutschen Geschlechtsfideicommissen geben, allein sie wurde von den damaligen ersten Germanisten nicht einmal der Erwähnung für werth gehalten. Zwei und zwanzig Jahre später gab Salza und Lichtenau ebenfalls eine Bearbeitung der Lehre vom Familienfideicommiß heraus. Doch das Urtheil, welches über dieselbe in einer Recension von Dieck im vierten Jahrgange der kritischen Jahrbücher von Richter und Schneider gefällt wurde, lautete: „Die Wissenschaft hat durch das Werk nichts, oder nur wenig gewonnen". Andere Juristen haben sich diesem Urtheil angeschlossen. Auf der anderen Seite wurde das Buch von Knipschildt nicht mehr als ausreichend, und ein neues Werk über das Familienfideicommiß als ein Bedürfniß bezeichnet. So habe ich mich denn, durch meine Studien über das altdeutsche Erbrecht und das Beispruchsrecht der Erben darauf geführt, an eine Behandlung des Rechts des Familienfideicommisses gemacht; und übergebe jetzt mein Buch der Oeffentlichkeit, mit dem sehnlichsten Wunsche, daß es nicht das Schicksal seiner Vorgänger theilen möge.

Um einige Worte über meinen Plan und meine Behandlungsweise

zu sagen, so war es mir um eine Darstellung des Instituts nach gemeinem deutschen Recht zu thun. Ich habe allerdings die Particularrechte herbeigezogen, jedoch lediglich zur Vergleichung, und um dieselben, so weit sie mit dem gemeinen Recht übereinstimmen, als Bestätigung der für dieses aufgestellten Grundsätze zu gebrauchen. Daß ich hierbei die Bestimmungen der Particularrechte fast durchweg auch wörtlich mitgetheilt habe, wird jedenfalls gebilligt werden, da dieselben alle zusammen doch nur wenigen Lesern zur Hand sein dürften. Das Familienfideicommiß in seiner heutigen Ausbildung in Deutschland ist ein Product des Gewohnheitsrechts und zwar speciell des Juristenrechts, dessen Existenz man bei diesem Institut wohl schwerlich wird in Abrede stellen können. Die Juristen knüpfen hierbei jedoch durchweg an das römische Recht und das römischrechtliche Familienfideicommiß an. Ohne den Boden, auf welchem die frühere Theorie und Praxis stand, zu verlassen, durfte ich von dieser Behandlungsweise nicht abgehen, und mußte auf die vorhandenen Bestimmungen des römischen Rechts zurückgehen, wenn dieselben nicht durch das Gewohnheitsrecht beseitigt waren. Dem Institut selbst habe ich mich lediglich als Jurist gegenüber gestellt, und die politische Seite desselben nicht weiter in Betracht gezogen, als es zur Erörterung der Frage, ob die Beseitigung desselben durch die Gesetzgebung wünschenswerth oder wenigstens gerechtfertigt sei, nothwendig war. In dieser Hinsicht, glaube ich, wird man mir das Zeugniß nicht versagen können, daß ich die Sache sine ira et studio behandelt habe.

Meiner Arbeit ist von Seiten des Ordinarius des Berliner Spruchcollegiums, Herrn Geheimen Rath Dr. Heffter und des Präsidenten des Kammergerichts Herrn Dr. von Strampff eine Förderung dadurch zu Theil geworden, daß ersterer mir einige interessante Gutachten und Erkenntnisse des Spruchcollegiums mittheilte, letzterer mir die Benutzung der über mehrere vom Kammergericht abhängige Familienfideicommisse verhandelten Acten gestattete. Ihnen dafür meinen Dank an dieser Stelle abzustatten, ist mir eine angenehme Pflicht.

Zum Schluß muß ich noch die Bitte aussprechen, die leider nicht wenigen Druckfehler nach dem beigegebenen Verzeichniß vor der Lectüre des Buchs zu verbessern.

Berlin, den 9. November 1868.

Lewis.

Inhalt.

Einleitung.

Wenn es schon bei jeder wissenschaftlichen Arbeit nothwendig ist, den Gegenstand derselben, bevor man an eine Darstellung des Einzelnen geht, etwas genauer, als dieses durch den Titel des Buchs geschieht, anzugeben und namentlich die Grenzen derselben, anderen Materien gegenüber, zu bezeichnen, so ist es bei der Lehre vom Familienfideicommiß um so mehr der Fall, als man mit dieser Bezeichnung nicht immer denselben Begriff verbindet, und man namentlich die Grenzen des Instituts bald enger, bald weiter steckt. Die ersten wissenschaftlichen Arbeiten über das Familienfideicommiß behandeln dasselbe in einem weiten Umfange, indem man darin lediglich die Form sah, in der man die eigenthümlichen Institute des deutschen Güterrechts, welche sich im Kreise des hohen und niederen Adels erhalten hatten, dem römischen Rechte gegenüber, welchem jene fremd waren, bewahren zu können glaubte. Die Folge davon war, daß man unter jenem Namen die verschiedenartigsten Institute zusammenfaßte, deren einziges gemeinsames Merkmal in dem Zweck bestand, gewisse Güter in einer Familie zu erhalten, und nicht den geringsten Anstoß daran nahm, daß dieser Zweck in sehr verschiedener Weise erreicht wurde. In neuerer Zeit kann der Begriff in diesem Umfange als aufgegeben betrachtet werden, immer aber findet es sich noch, daß man das Wort Familienfidicommiß zur Bezeichnung für die Institute gebraucht, bei denen die Erhaltung der Güter in der Familie die Folge ausdrücklicher Anordnung irgend einer Art ist.

In dieser Abhandlung wird vom Familienfideicommiß im engsten Sinne des Wortes gehandelt werden, nämlich von dem Institute, welches darauf be-

ruht, daß gewisse Güter durch eine Privatdisposition für unveräußerlich erklärt werden, um in einer Familie, zur Erhaltung des Ansehens derselben bis zu deren Aussterben von Generation zu Generation vererbt zu werden. Es werden somit von der Darstellung ausgeschlossen die Rechtsverhältnisse, bei denen die Unveräußerlichkeit der Güter nicht auf einer Privatdisposition, sondern auf einem wirklichen Gesetz, auf einer autonomischen Satzung, d. h. dem Hausgesetz einer hochadeligen Familie, oder dem Herkommen beruht, also das Recht der Stammgüter und das Güterrecht des hohen Adels.

Erstes Capitel.

Entwickelungsgeschichte des Familienfideicommisses.

§ 1.

Das Familienfideicommiß des römischen Rechts.

Mit dem Namen fideicommissum, quod familiae relinquitur bezeichnen die Römer zwei verschiedene Institute. Verfügungen zu Gunsten der Mitglieder der Familie, namentlich der Descendenten, und Verfügungen zu Gunsten der Freigelassenen. Die classischen Juristen unterscheiden nicht recht zwischen denselben, ja man betrachtete sie so sehr als gleichartig, daß ein fideicommissum familiae, wobei der Disponirende seinen Willen nicht genau geäußert hatte, zunächst als zu Gunsten der Descendenten und sonstigen Verwandten, in Ermangelung oder nach dem Aussterben derselben jedoch als zu Gunsten der Freigelassenen angeordnet galt. Hierfür haben wir im römischen Recht ein bestimmtes Zeugniß, freilich erst aus später Zeit, nämlich an einer Constitution Justinian's aus dem Jahre 532 [1]), woraus jedoch bei der berührten Behandlungsweise der classischen Juristen ein Rückschluß auf die frühere Zeit unbedenklich gemacht werden kann, um so mehr, als auch sonst in letzt-

[1]) L. ult. C. De V. S. (6, 38): Suggestioni Illyricianae advocationis respondentes decernimus familiae nomen talem habere vigorem, parentes et liberos omnesque propinquos et substantiam, libertos etiam et patronos, nec non servos per hanc appellationem significari: et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta non solum propinquos, sed etiam his deficientibus generum et nurum. Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari, ita videlicet, si matrimonium morte filii vel filiae fuerit dissolutum. Nullo etenim modo possunt gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari, cum hi procul dubio eos antecedant; et hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant. Hoc eodem valente, et si quis rem immobilem cuidam legaverit vel fideicommiserit, eamque alienare prohibuerit adiiciens, ut si hoc fideicommissarius praeterierit, familiae suae res adquiratur. In aliis autem casibus nomen familiae pro substantia oportet intelligi, quia et servi et aliae res in patrimonio unius cuiusque esse putantur.

willigen Verfügungen den Descendenten die Freigelassenen substituirt werden[2]). Daß man für diese verschiedenartigen Dispositionen denselben Namen gebrauchte, erklärt sich daraus, daß man unter familia nicht nur die Verwandten verstand, sondern auch die Freigelassenen, welche als zum Hause gehörig betrachtet wurden. Die gleiche Behandlung erklärt sich aber daraus, daß, wenn auch bei beiden Instituten ein ganz verschiedener Zweck erstrebt wurde, man sich doch desselben Mittels bediente, um denselben zu erreichen. Was den Zweck betrifft, so war es bei einem zu Gunsten der eigenen Familie angeordneten Fideicommiß dem Testator darum zu thun, durch dasselbe den Wohlstand seiner Verwandten, namentlich der Descendenten, und zwar nicht nur der bei seinem Tode vorhandenen, sondern auch in ihren späteren Generationen zu erhalten, wogegen das für die familia libertorum hinterlassene Fideicommiß lediglich eine Form ist, in welcher den Freigelassenen und etwa deren Descendenten Alimente hinterlassen und dinglich gesichert werden. Hier wie dort erhielt aber das einzelne Mitglied des berechtigten Kreises Eigenthum an der vermachten Sache, wie ja auch bei dem der familia libertorum hinterlassenen Fideicommiß, den Freigelassenen nicht nur Alimente aus dem Ertrage der vermachten Sache, sondern der ganze Ertrag derselben an Stelle der Alimente gewährt wurde[3]). Um nichts desto weniger im ersten Falle den späteren Generationen das Eigenthum zu erhalten, im zweiten den sämmtlichen mit Alimenten Bedachten dieselben zu sichern, und zugleich für den Fall, daß dieser Zweck erreicht war, selbst über die Sache disponiren zu können, entzog man in dem einen, wie in dem anderen Falle dem jedesmaligen Eigenthümer das Verfügungsrecht über dieselbe und verpflichtete ihn, sie einer vom Disponirenden allgemeiner oder specieller bezeichneten Person zu restituiren.

Die Form, deren man sich hierzu bediente, war anfänglich die eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden, wovon uns ein sehr anschauliches Beispiel einer zu Gunsten der familia libertorum getroffenen Anordnung erhalten ist. Es ist dies die donatio Flavii Syntrophi, welche, so weit sie hierher gehört, ihrem Wortlaut nach in der Huschke'schen Restitution[4]) hier ihre Stelle finden möge: T. Flavius Syntrophus priusquam hortulos Epagathianos,

---

[2]) L. 77 § 32 De legat. II (31) [Papinian.]: A te peto, marite, si quid liberorum habueris, illis praedia relinquas, vel si non habueris, tuis sive meis propinquis aut etiam libertis nostris. Non esse datam electionem, sed ordine scripturae factam substitutionem respondi.

[3]) L. 4 pr. De alim. leg. (34, 1); vgl. Rudorff, das Testament des Dasumius, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. XII S. 373 ff.

[4]) Huschke, T. Flavii Syntrophi donationis instrumentum ineditum. Vratislaviae 1838. Die von Huschke restituirten Theile der Urkunde sind durch Cursivschrift bezeichnet.

Dadu*chianos* . . . . . *ianosque* cum aedificio et vineis maceria clusis, ita ut instructi sunt, — Aïthale, liberto suo, mancipio daret, test*atus est se in hanc condi*cionem mancipare, ut infra scriptum est. Si tibi hortos, — quibus de agitur, — mancipio dedero vacuamque possessionem tradidero, tum per te no*n fieri factumve iri neque per* heredem tuum eumve, ad quem ea res, qua de agitur, pertinet pertinebit, quo minus ii h*orti aedificiumve sit com*mune tibi cum conlibertis tuis utriusque sexus, qui a me testamento codicillisv*e manumissi erunt, cumque iis fru*aris, parique portione inter eos reditum eius custodiatis, ita ut die parentali *meo, item XI. Kalendas Apriles die viola*tionis, item XII. Kalendas Junias die rosationis, item III. Kalendas Januarias die natali meo, cu*m mortuus ero, tum ut* quisque vestrum vivet, quive ex vobis geniti erunt, aut a quo vestrum quis ma*numissus erit, ad quem unum* pluresve portio similiter huius loci aedificiive pertinebit, id ex formula su*prascripta dividatis, et si quis* ibi inhabitare voluerit ex communi omnium consensu maiorisve partis *eorum, qui vivent, id ei liceat;* quae autem membra aedificii vacabunt, in reditu sint, ita ut huic voluntat*i meae satisfiat, tantumque* impensae, et quod ad tutelam aedificii opus erit, quod reliquom erit, inter *vos dividatur, et ita horti cum aedi*ficiis instrumentoque omni, quod die mortis meae ibi habuero, usui vestro *deserviant, quamdiu vivetis;* quive ex vobis novissimus morietur, eodem modo testamento suo *caveat, ut heredes eius, quive* ex iis prognati er*unt*, aequaliter in familiam nominis mei permanea*nt, eodemque, quo vos, iure sint; et* ab hac re promissioneque dolus malus cuius vestrum, de quibus agitur *absit: si adversus ea factum erit, quanti ea res erit*, tantam pecuniam dari et amplius, poenae nomine, sestertium quinquaginta milia nummum stipulatu*s est* T. *Flavius Syntrophus*, spopondit T. Flavius Aïthales libertus. — Das vorliegende Rechtsgeschäft ist eine donatio sub modo. Dieser modus besteht eben in der dem Beschenkten gemachten Auflage, den Gegenstand der Schenkung mit den übrigen Freigelassenen des Disponirenden und deren Descendenten gemeinschaftlich zu besitzen und zu gebrauchen. Und diesen Charakter werden derartige zu Gunsten der Freigelassenen durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffene Anordnungen stets gehabt haben. Dieser modus konnte aber, da ein selbständiges Klagerecht des durch den modus Berechtigten erst in der späteren Zeit [5]) anerkannt wurde, nur durch eine Stipulation, wodurch der Beschenkte und dessen Erben sich dem Schenker (und dessen Erben) gegenüber für den Fall der Nichterfüllung des modus zu einer Conventionalstrafe anheischig machten, wirksam gemacht werden. Es fragt sich

[5]) **Huschke**, don. Flavii Syntrophi S. 20 f. Note 33, nimmt mit Rücksicht auf L. 2 C. De don. q. sub modo (8, 55) und L. 2 C. De his q. sub modo legata (6, 45) an, daß dieses selbständige Klagerecht des durch den modus Berechtigten seit Septimius Sever oder bald nachher anerkannt worden.

nun aber, ob hierdurch die Anordnung des Disponirenden und das darin enthaltene Veräußerungsverbot, und somit ein solches überhaupt gesichert werden konnte? Und da müssen wir sagen, daß der den vom Disponirenden selbst zum Genuß der Sache Berufenen zustehende Anspruch wenigstens insofern gesichert war, als die Erben des ersteren bei Nichtbeachtung der Vorschrift durch den Beschenkten von letzterem die Leistung der Conventionalstrafe fordern konnten. Die in der donatio Syntrophi sich findende weitere Bestimmung, daß der zuletzt Lebende der von dem Disponirenden Berufenen letztwillig über den Gegenstand der Schenkung in der vom Schenker angegebenen Weise zu Gunsten anderer Personen verfügen solle, war freilich nicht nur unerzwingbar, sondern sogar nichtig, indem dies das Schicksal eines jeden Vertrages ist, der auf das Binden des letzten Willens abzielt[6]). Ja, wenn wir darauf Gewicht legen, daß die Römer jede Verfügung, wodurch die Freiheit des letzten Willens beeinträchtigt werden sollte, als contra bonos mores auffaßten, so würde für die Beobachtung einer solchen nicht nur keine Rechtspflicht, sondern nicht einmal eine moralische Verbindlichkeit bestanden haben. Allein eine derartige exorbitante Vorschrift, wie in der donatio Syntrophi, war wohl nur äußerst selten, regelmäßig begnügte sich der Disponirende damit, seine Anordnung für seine Freigelassenen und deren Descendenten zu treffen. Abgesehen hiervon könnte man es für einen wesentlichen Mangel der Anordnungen, wie es die donatio Syntrophi ist, halten, daß durch die Conventionalstrafe wohl der unmittelbar Beschenkte und dessen Erben, nicht aber die übrigen Bedachten gebunden waren, allein, wie Huschke[7]) nachgewiesen, wurde diesem Uebelstande abgeholfen durch die clausula doli, wodurch sich der Beschenkte unter Uebernahme einer Conventionalstrafe anheischig machte, dafür zu sorgen: ab hac re promissioneque dolum malum abfuturum, also auch dafür, daß durch einen dolus der Mitbedachten die Anordnung des Disponirenden nicht vernichtet würde. Trat also dieser Fall ein, d. h. veräußerte irgend einer der Bedachten seinen Antheil, so konnte der unmittelbar Beschenkte, sowie dessen Erben, von den Erben des Disponirenden belangt werden. Er hatte also Vorkehrungen zu treffen, daß dies nicht geschah, wofür das passendste Mittel das Ausbedingen einer Conventionalstrafe von den mittelbar Bedachten für den Fall einer Verletzung der Anordnung des Disponirenden war. Dagegen konnte das bloße Festsetzen einer Strafe, namentlich Geldbuße etwa zu Gunsten des Aerars, für den Fall der Uebertretung des Veräußerungsverbots, wie sich derartiges in den auf Grabdenkmälern vorkommenden Veräußerungsverboten findet[8]), die Anordnung

---

[6]) L. 61 De V. O. (45, 1). L. 15 C. De pact. (2, 3). L. 34 C. De transact. (2, 4). L. 4 C. De inutil. stip. (8, 39). L. 5 C. De pact. convent. tam sup. dot. (5, 14).

[7]) A. a. O. S. 34.

[8]) Orelli, inscript. n. 4428.

des Disponirenden nicht sichern, da die Bedachten selbst nicht die Zahlung der Geldbuße unter der angegebenen Voraussetzung versprochen. Die Aufrechterhaltung einer derartigen Anordnung hing lediglich von der Gewissenhaftigkeit derselben ab. Ein Uebelstand war jedoch bei allen diesen Anordnungen, daß dieselben nur so lange erzwungen werden konnten, als der, welcher sich dem Disponirenden gegenüber, zur Zahlung der Conventionalstrafe verpflichtet hatte, und dessen Erben noch am Leben waren, weil nach dem Absterben dieser das Sicherungsmittel selbst unwirksam wurde. Sicherer erreichte man daher, als erst ein Eigenthum ad diem anerkannt wurde die Aufrechterhaltung einer Anordnung der in Rede stehenden Art dadurch, daß das Veräußerungsverbot in die Form einer Resolutivbedingung gekleidet wurde, so daß der Veräußerer durch die Verletzung des Verbots ipso iure seines Rechts verlustig ging. Auch dafür finden sich Beispiele in den Grabinschriften[9]).

In dieser Gestalt erscheinen in der früheren Zeit die Anordnungen zu Gunsten der familia libertorum; daß man dieselbe Form auch zur Anwendung gebracht für Verfügungen zu Gunsten der eigenen Familie, dafür fehlt es an jedem Anhalt, und es werden wohl solche überhaupt erst aufgekommen sein, als man in der Form letztwilliger Verfügungen seinen Zweck bequemer erreichen konnte. Das war aber erst seit den Zeiten August's der Fall. So lange nämlich das Legat die einzige Form für Vermächtnisse war, konnte durch solche eine Anordnung, weder zu Gunsten der eigenen Familie, noch der familia libertorum getroffen werden. Die Familie als solche konnte nämlich nicht mit einem Legat bedacht werden, weil sie keine Person war. Eben so wenig war aber dasselbe rücksichtlich der einzelnen zur Familie gehörigen Personen möglich. Denn da ein Legat nur dem Erben auferlegt werden durfte, so konnte der Testator die Familienglieder nicht verpflichten, die ihnen durch Legat zugewandten Sachen Anderen, etwa den später Geborenen zu restituiren. Diese Möglichkeit war erst gegeben, seit die Fideicommisse aufgekommen und klagbar geworden waren. Ein Fideicommiß durfte nämlich jedem, der aus der Erbschaft etwas erwarb, auferlegt werden; somit konnte auch der Testator jeden, der durch seine Zuwendung etwas erhielt, verpflichten, eben dieses einem Anderen zu restituiren, und also auch bei seinem Tode zu hinterlassen. So war es möglich, ein Vermögensobject einer ganzen Reihe von Personen successive zuzuwenden. Aber wie kam man hierbei um den Satz, daß der in einem letzten Willen Bedachte beim Tode des Erblassers in rerum natura sein mußte[10]), und einem postumus alienus durch eine letzwillige Verfügung nichts zugewendet werden durfte? Denn dieses letztere Verbot, welches früher nur rücksichtlich der Erbeseinsetzungen und Legate gegolten hatte, wurde durch ein

---

[9]) Orelli, inscript. n. 4430.

[10]) L. 6 De suis et legit. (38, 16).

Senatusconsult unter Hadrian auf Fideicommisse ausgedehnt [11]). In dieser Hinsicht nimmt Rudorff an, daß man sich rücksichtlich der Familienfideicommisse über dasselbe hinweg gesetzt habe [12]); während Huschke [13]) behauptet, daß beständige Familienfideicommisse erst im dritten Jahrhundert unserer Zeitrechnung aufgekommen seien, und in der früheren Zeit Fideicommisse nur zu Gunsten der beim Tode des Testators bereits lebenden Familienglieder hätten errichtet werden können. Er geht hierfür eben von dem Umstande aus, daß durch das erwähnte Senatusconsult Fideicommisse an incertae personae und postumi alieni untersagt worden, glaubt aber zugleich, daß sie auch vorher nicht existirt hätten. Sowohl das Eine als das Andere ist lediglich eine Vermuthung. Für die erstere könnte man anführen wollen, daß wir das Beispiel eines dauernden Fideicommisses aus der früheren Zeit haben. Es ist dies das Alimentenfideicommiß in dem Testamente des Dasumius, welches im Anfang des zweiten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung, nämlich im Jahre 862 der Stadt (Aelio Hadriano Trebatio Prisco coss.) errichtet ist [14]). Hier heißt es nämlich (Z. 85 — 97): *Praedium suburbanum sestertium* sexagies, quod beneficio *imp. Caesaris Traiani Augusti Germanici Dacici consecutus sum*, intra biennium, quam mor*tuus ero*, *libertis in alimenta dari volo. Fidei itaque heredum com*mitto, uti praedium, in quo *corpus meum sepeliri volo*, *cum in eo . . . . . . amicus meus rarissim*us reliq*uias* meas con*diderit exceptis locis religiosis et monimento*, *quo reliquiae* meae inlatae fuerint, cui*cunque sive testamento anteave libertatem dedi sive codicillis ded*ero, praeterquam Hymno pess*ime de me merito et ingrato erga patronum suum*, *cum pascuis*, *sal*tibus, silvis instructum ma*ncipio dent*, *ita ne de nomine libertorum exeat neve ii vendant*, *pig*nore dent, cedant, condonent, *eius autem portio*, *qui ex his decesserit*, *reliquis adcrescat*, *donec* in rerum natura esset un*us eorum*. *Quodsi liberti libertaeque in rerum natura omnes esse de*sierint, *t*unc ad libertorum *meorum filios posterosque*, *donec esset unus eorum*, *idem volo perti*nere. Quodsi esse desierit, *tunc ad Serviani mei libertos posterosque eorum pertineat.* Allein diese Urkunde verliert dadurch jede Beweiskraft für die vorliegende Frage, daß die Stellen derselben, worauf alles ankommt, erst restituirt sind. Welche Gründe aber werden für die entgegengesetzte Annahme geltend gemacht? Huschke [15]) stellt dafür die Behaup-

---

[11]) Gaius II § 287.

[12]) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII S. 320.

[13]) Donatio Flavii Syntrophi S. 11 ff.

[14]) Testamentum Dasumii Z. 123; vergl. Rudorff a. a. O. S. 398 f. — Das mitgetheilte Stück ist in der restituirten Gestalt gegeben, in der es sich in der citirten Abhandlung von Rudorff findet; auch hier sind die restituirten Stellen mit Cursivschrift gedruckt.

[15]) A. a. O. S. 11 f.

tung auf, daß in den bereits vor dem dritten Jahrhundert entstandenen Pandekten-Stellen stets von einem solchen Fideicommiß die Rede sei, welches zu Gunsten von beim Tode des Testators bereits existirenden Familiengliedern errichtet worden. Jedoch die von Huschke behandelten Stellen der früheren Zeit gewähren für eine derartige Annahme auch nicht den geringsten Anhalt. So die L. 54 Ad L. Falc. (35, 2), wo der Jurist Marcellus den Fall aufstellt: Pater filium, ex quo tres habebat nepotes, heredem instituit, fideique eius commisit, ne fundum alienaret, et ut in familia eum relinqueret. Hierin findet Huschke den Beweis für seine Behauptung, denn, sagt er, was hätte der Jurist für eine Veranlassung, die Enkel, als zur Zeit der Testamentserrichtung bereits lebend zu setzen, wenn nicht sonst das Fideicommiß nichtig gewesen wäre? Die Antwort hierauf kann man durch eine neue Frage geben: weshalb spricht der Jurist gerade von drei Enkeln? Doch nicht auch etwa aus dem angegebenen Grunde. Weshalb setzt ferner der Jurist die Enkel bereits als lebend bei der Testamentserrichtung, da es doch auch nach Huschke's Ansicht für die Gültigkeit des Fideicommisses genügte, wenn die Enkel nur bei Lebzeiten des Testators concipirt waren? Ferner zieht Huschke herbei L. 38 § 1 De legat. III (32): Duobus libertis Sticho et Erote heredibus institutis ita cavit fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto: unus ex heredibus, Stichus ancillam Arescusam testamento liberam esse iussit, eique partem suam fundi legavit. Quaero, an Eros et ceteri conliberti Stichi ex causa fideicommissi eius fundi partem ab herede Stichi petere possent? Respondit non contineri. Einen solchen Fall, meint Huschke, würde Africanus gar nicht aufgestellt haben, wenn zu seiner Zeit bereits beständige Fideicommisse gegolten hätten. Derselbe sage ja gar nicht, daß der Arescusa das Fideicommiß gebührt habe, sondern nur, daß Stichus durch seine Verfügung nicht contra voluntatem testatoris gehandelt habe. Aber wie hieraus jener von Huschke gezogene Schluß folgen soll, ist mir nicht klar. Auch in der späteren Zeit, in der es auch nach Huschke dauernde Familienfideicommisse gab, kamen durch Veräußerungsverbot beschränkte Vermächtnisse lediglich zu Gunsten der Liberten, und nicht zugleich der Descendenten und Freigelassenen derselben vor. Um eine solche Anordnung handelte es sich hier. Es konnte daher die Frage, ob der von dem Stichus freigelassenen Arescusa das Fideicommiß auf Grund der Bestimmung des Testators zukomme, gar nicht aufgeworfen werden. Zweifelhafter könnte man schon in Betreff der gleichfalls von Huschke angeführten Papinians-Stelle L. 69 § 3 De legat. II (31) sein. Hier heißt es: Fratre herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. Si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Das „fuerunt" könnte man nämlich auf die Zeit beziehen wollen, wo das Testament errichtet, oder der Testator gestorben war. Allein wenn der Jurist

dieses wirklich hätte sagen wollen, so würde er es näher bezeichnet haben, da das Wort auf drei verschiedene Momente, die Erbeseinsetzung, die Veräußerung durch den Erben und das „extero herede instituto decedere“ bezogen werden kann und die Beziehung auf die beiden letzteren Momente jedenfalls näher liegt. Huschke[16]) stellt die Vermuthung auf, daß das Institut der beständigen Familienfideicommisse seine Entstehung verdanke einem Rescript des Sever und Antonin, dessen Marcian in L. 114 § 14 De legat. I (30) Erwähnung thut. Die Stelle lautet: Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint: nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere. Quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse. Wenn Huschke aus dieser Stelle einen Schluß auf die Möglichkeit beständiger Familienfideicommisse zieht, so kann man denselben aus allen bisher betrachteten und überhaupt allen Stellen der früheren Zeit ziehen. Ein zwingender Beweis wird sich daher wohl für keine Ansicht führen lassen, allein zu der Annahme, glaube ich, sind wir berechtigt, daß nicht erst in der von Modestin herrührenden L. 32 § 6 De legat. II (31), sondern bereits in der Papinians-Stelle L. 69 § 3 eod. die verschiedenen Graden angehörenden Berechtigten nicht alle als zu Lebzeiten des Testators bereits concipirt gedacht werden können, und danach dauernde Familienfideicommisse als möglich erscheinen.

Dieser successiven Vermächtnisse bediente man sich, wie dies aus den berührten Stellen des corpus iuris bereits ersichtlich, eben sowohl, um Anordnungen zu Gunsten seiner eigenen Familie, als der familia libertorum zu treffen, so daß man für diese letzteren seit dem Aufkommen der Familienfideicommisse wohl nicht mehr die Form eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden zur Anwendung brachte.

Wollen wir jetzt näher auf die eigenthümliche Natur der Familienfideicommisse eingehen, so war das Wesentliche derselben und zugleich sowohl den für die eigene Familie als die familia libertorum getroffenen Anordnungen Gemeinschaftliche das zu Gunsten gewisser Personen gesetzte Veräußerungsverbot[17]), welches nicht wörtlich gefaßt zu sein brauchte, sondern bereits aus der Verpflichtung, die Sache zu restituiren, zu entnehmen war. Wer die vermachte Sache erhielt, konnte dieselbe nicht frei veräußern, weder unter Lebenden, noch von Todes wegen, vielmehr fiel dieselbe an den, welchen der Disponirende im Voraus bestimmt hatte. In dieser letzteren Hinsicht war eine

---

[16]) A. a. O. S. 12.

[17]) L. 114 § 14 De legat. I.

große Mannichfaltigkeit der einzelnen Verfügungen möglich, und namentlich darin besteht die wesentliche Verschiedenheit zwischen den beiden bereits öfter hervorgehobenen Arten der Familienfideicommisse. Im Folgenden sollen dieselben gesondert betrachtet werden, und zwar handele ich zunächst von den Fideicommissen zu Gunsten der eigenen Familie.

Da man unter einem fideicommissum familiae relictum ein Vermächtniß versteht, bei dem der Honorirte lediglich durch seine Eigenschaft als Familienglied bestimmt ist, so konnte der Name auch für eine Anordnung gebraucht werden, welche sich nur auf die unmittelbar Bedachten, etwa die Kinder, bezog. Sollte in diesem Falle freilich das Veräußerungsverbot einen Sinn haben, so mußte das Fideicommiß angeordnet sein zu Gunsten aller oder doch mehrerer Mitglieder dieser Generation, so daß der Antheil der gestorbenen den überlebenden zufiel, das längstlebende Mitglied also sämmtliche anfänglich vorhandenen Antheile in sich vereinigte, somit die ganze Sache erhielt. An einer unzweideutigen Belagstelle hierfür fehlt es allerdings, denn ob L. 78 § 3 De legat. II (31)[18]) von einer derartigen Anordnung zu verstehen, ist sehr zweifelhaft. Sodann kann ein fideicommissum familiae auf eine einmalige Restitution an ein anderes Familienglied gerichtet sein. Diesen Fall hat Papinian vor Augen, wenn er in L. 67 § 5 (cf. pr.) De legat. II sagt: Sed etsi fundum heres (scil, qui unum ex familia propter fideicommissum a se cum moreretur, relictum eligere debet) uni ex familia reliquerit, eiusque fidei commiserit, ut eum extero restituat, quaesitum est, an hoc fideicommissum peti possit? Dixi ita demum peti posse, si fundi pretium efficiat, sed si quidem ille prior testator ita fideicommissum reliquisset, rogo fundum, cui voles aut quibus voles ex familia relinquas, rem in expedito fore. Es konnte aber auch die Absicht dabei vorwalten, das Fideicommiß der ganzen Familie in allen ihren kommenden Geschlechtern, so lange noch ein Glied der Familie vorhanden wäre, zu erhalten. Diese Absicht nehmen die Römer unbedenklich an, wenn der Testator gesagt hat: peto, ne fundus de familia exeat, wie denn Papinian in der eben citirten Stelle die daselbst aufgeworfene Frage bei einer derartigen Disposition des Testators dahin entscheidet: heredis heredes propter sequens fideicommissum, quod in exterum collatum est, oneratum intelligi petituris deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum post mortem videlicet eius, qui primo electus est[19]). Zweifel könnten über die Willensmeinung des Testators entstehen, wenn derselbe dem Erstbedachten

---

[18]) Praedium pater de familia liberorum alienari verbis fideicommissi prohibuit: supremus ex liberis, qui fideicommissum petere potuit, non idcirco minus actionem in bonis suis reliquisse visus est, quod heredem extrarium sine liberis decedens habuit.

[19]) Vgl. L. cit. § 6: Et ideo si electo uno fideicommissum in exterum

die Pflicht auferlegt hätte, ut fundum in familia relinqueret, oder, wie es gewöhnlicher heißt, ne fundum alienaret, sed ut in familia relinqueret[20]). Aber auch in einer derartigen Fassung scheinen die Römer, vorausgesetzt natürlich, daß nicht eine entgegengesetzte Absicht des Disponirenden zu Tage lag, die Anordnung eines beständigen Familienfideicommisses gefunden zu haben. Denn in diesem Sinne entscheidet Papinian in L. 69 § 3 De legat. II: Fratre herede instituto, petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur, si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sint eiusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus, nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere se familiae domum restiturum.[21])

Zu Gunsten welcher Familienglieder hat aber der Disponirende in dem letzteren Falle seine Anordnung getroffen, wenn er Restitution des Fideicommißobjects vorschreibt? Hierüber entscheidet zunächst der speciell geäußerte Wille desselben. In Ermangelung eines solchen müssen wir aber nach Interpretationsregeln suchen. Und da sehen wir aus den Angaben der römischen Juristen, daß familia hierbei nicht in dem engen Sinne von agnatio zu nehmen, so daß also nicht die Agnaten (natürlich im römischen Sinne) allein fideicommißberechtigt sind. Einmal werden nämlich zur familia noch die emancipirten Kinder gerechnet, wie das in L. 69 cit. § 4 ausdrücklich gesagt wird: Si quidam sint postea emancipati, tractari potest, an hi quoque recte

---

non conferatur, non alias ei, qui electus est, fideicommissum praestandum erit, quam interpositis cautionibus fundum, cum morietur, si non in familia cum effectu relinqueretur, restitui.

[20]) So in L. 114 § 15 De legat. I (30). L. 69 § 3 De legat. II (31). L. 54 Ad L. Falc. (35, 2).

[21]) Eine derartige Anordnung lag auch dem in L. 38 § 7 De legat. III (32) [Scaevola] behandelten Fall zu Grunde. Die Stelle lautet: Mater filios heredes scripserat et adiecit praedia, quae ad eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex causa abalienent, sed conservent successioni suae, deque ea re invicem sibi caverent. Ex his verbis quaesitum est, an praedia per fideicommissum relicta videantur? Respondi nihil de fideicommisso proponi. Nur leugnet der Jurist hier überhaupt die Existenz eines Fideicommisses. Als Grund hierfür kann ich nichts Anderes angeben, als was die meisten Interpreten dieser Stelle angegeben, daß die Testatrix ein solches nicht beabsichtigt, weil sie ihren Erben den Rath gegeben, die Aufrechterhaltung ihrer Vorschrift durch gegenseitiges Fordern von Cautionen zu sichern, und somit die Beobachtung jener selbst in das Belieben derselben gestellt habe. Vergl. Huschke, don. Flavii Syntrophi S. 19 und die daselbst Note 28 citirten Schriftsteller.

fideicommissum petant. Et puto recte petituros, quoniam familiae appellatione personae quoque hae demonstratae intelliguntur.[22]) Doch ist wohl für das vorjustinianische Recht anzunehmen, daß dieselben nicht bereits zur Zeit der Fideicommißerrichtung emancipirt sein durften. Dies ergiebt sich einmal aus den Worten der L. 69 cit., welche nur von postea (d. i. unzweifelhaft nach der Testamentserrichtung) emancipati spricht, dann aber auch daraus, daß der Testator die Fideicommißstiftung auf diese, da sie schon da nicht mehr zur Familie gehörten, unmöglicher Weise ausgedehnt wissen wollte, wenn er dies nicht irgendwie andeutete. Für das justinianische Recht muß man freilich diese Beschränkung fallen lassen, und zwar nicht erst für das Recht der Novelle 118, durch welche das Intestaterbrecht auf die Cognation basirt wurde, sondern bereits nach der L. 5 C. De V. S. (6, 38), wonach überhaupt nicht der Begriff der agnatio für die familia in dem hier behandelten Zusammenhange maßgebend sein soll. Nach der L. 5 cit. werden nämlich noch zur familia gerechnet die parentes, liberi und omnes propinqui. Daß die Cognaten überhaupt im vorjustinianischen Recht bei der Interpretation fideicommissarischer Anordnungen mit zur Familie gerechnet wurden, ist, wenn schon sie in solchen Verfügungen selbst mitunter vom Testator unter den berechtigten Personen ausdrücklich genannt werden[23]), nicht anzunehmen, da dies dem römischen Sprachgebrauch widersprechen würde, und die römischen Juristen sonst keinen Grund gehabt hätten, die Berechtigung der erst nachträglich emancipirten Söhne noch ausdrücklich anzuerkennen. Justinian geht aber in L. 5 cit. noch weiter und läßt auch Schwiegersohn und Schwiegertochter des Testators zum Genuß des Fideicommisses gelangen, vorausgesetzt, daß die Tochter resp. der Sohn, mit denen jene in der Ehe lebten, zur Zeit, wo der Anfall des Fideicommisses stattfand, bereits verstorben, und daß auch sonstige Verwandte nicht mehr vorhanden waren (et hoc videlicet gradatim fieri). In Ermangelung aller dieser Personen läßt derselbe das Fideicommiß an die Freigelassenen des Testators gelangen, worauf wir schon früher eingingen.

Nicht alle lebenden Familienglieder jedoch, auch abgesehen von denen, welchen nur ein subsidiaires Erbrecht zukommt, kommen gleichzeitig zum Genuß, vielmehr entscheidet unter ihnen, wie das die Worte der oben citirten L. 69 § 3 De legat. II: ut proximus quisque primo loco videatur invitatus, anzeigen, die Gradesnähe, so daß der entferntere Grad durch den näheren ausgeschlossen wird. Allein dieses Recht der Familienglieder kann durch das dem Restitutionspflichtigen zustehende Wahlrecht abgeändert werden. Die vom Testator an diesen ergangene Weisung, ut fundus in familia relinqueretur, entzieht demselben zwar das freie Verfügungsrecht über die vermachte

[22]) Ebenso in L. 114 § 16 De legat. I (30).
[23]) So in L. 38 pr. De legat. III (32).

Sache, soll ihm aber auf der anderen Seite regelmäßig nur den Kreis der Personen angeben, aus dem er den zu wählen hat, welchem er das Gut hinterlassen will. Er hat daher dem Willen des Testators Genüge geleistet, wenn er aus jenem Kreise, also aus der Familie des Testators Einen auswählt und diesem das Gut restituirt[24]), und hierbei ist der Verpflichtete nicht einmal zur Beobachtung der Gradesnähe verpflichtet, kann einen näheren Verwandten übergehen und einem entfernteren das Fideicommiß zuwenden[25]), wie er auch mehreren Familiengliedern den Gegenstand des Fideicommisses zu ungleichen Theilen hinterlassen darf[26]). Die Zuwendung selbst kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend und implicite in einer Erbeseinsetzung geschehen[27]). Ja dem Restitutionspflichtigen stand sogar ein ius variandi zu, so daß er, wenn er letztwillig einem Familiengliede die Sache zugewandt hatte, er dieselbe diesem später wieder nehmen und einem Anderen zuwenden durfte[28]). Uebt freilich der Restitutionspflichtige sein Wahlrecht nicht aus, so können alle

---

[24]) L. 114 De legat I (§ 15:) Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommisit, ne fundum alienaret, et ut in familia relinqueret et filius decedens — (§ 18:) — unum heredem instituisset, nec quidquam legasset, exheredati nihil interim, quamdiu in familia res est, petere possunt. L. 54 Ad L. Falc. (35, 2): — quia in potestate sua habuerit pater, cui ex his potius relinqueret.

[25]) L. 67 § 1 De legat. II (31): Itaque si, cum forte tres ex familia essent eius, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu, satis erit uni reliquisse, nam postquam paritum est voluntati, ceteri condicione deficiunt. Vergl. § 6 eod. Man könnte vielleicht gegen die Anführung dieser Stelle als Beweis für den im Text ausgesprochenen Grundsatz geltend machen, daß aus den Anfangsworten des pr. dieser L.: Unum ex familia propter fideicommissum a se, cum moreretur, relictum heres eligere debet, zu schließen sei, hier wäre, und zwar sowohl im pr., als im § 2 die Rede von einem Fideicommiß, wobei dem Restitutionspflichtigen ausdrücklich das Wahlrecht gegeben. Allein daß an solchen Fall nicht zu denken, es sich vielmehr um die allgemeine Anordnung: ut fundus in familia relinquatur handele, zeigt der § 5, wo mit Rücksicht auf den daselbst behandelten speciellen Fall, die zweifache Möglichkeit der Gestaltung jenes Gebots hervorgehoben wird, nämlich: rogo, fundum cui voles ex familia relinquas und peto, ne fundus de familia exeat, und auch für diesen letzteren Fall das Wahlrecht des Restitutionspflichtigen wenigstens indirect anerkannt wird (petituris deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum post mortem videlicet eius, qui primo electus est).

[26]) L. 114 § 17 De legat. I: Sed si omnes filii heredes instituti sint ex disparibus partibus non possunt petere fideicommissum ex minore parte scripti, ut viriles, non hereditarias partes in eo habeant; verum est enim in familia reliquisse, licet uni reliquisset.

[27]) L. 114 § 17. § 18 De legat. I.

[28]) L. 67 pr. De legat. II: Unum ex familia propter fideicommissum a

zunächst Berechtigten das Fideicommiß forbern, wie dasselbe eintritt, wenn der Restitutionspflichtige das Fideicommiß durch ein Geschäft unter Lebenden veräußert oder über dasselbe letztwillig verfügt hat[29]). Als eine solche widerrechtliche Alienation galt freilich nur die an einen extraneus, nicht die an ein Familienmitglied[30]).

Diesen Anspruch können die berechtigten Familienglieder jedoch nur gegen den Restitutionspflichtigen und dessen Erben, nicht auch gegen den jedesmaligen Besitzer der Sache, also nur durch eine persönliche, nicht auch eine dingliche Klage geltend machen. Der Erfolg jener Klage wurde aber durch eine Caution gesichert, welche der Restitutionspflichtige beim Empfange der Sache bestellen mußte[31]). Wenn es demgemäß in den Stellen, welche vom Familienfideicommiß reden, heißt, im Falle der Veräußerung sei die petitio fideicommissi zulässig, so ist damit, im Sinne der Juristen, von denen jene herrühren, eben nur die Zulässigkeit der persönlichen Klage ausgesprochen. Die von Justinian in L. 1 und 2 C. Comm. de legat. (6, 43) durchgeführte Verschmelzung der Legate und Fideicommisse hatte jedoch für unser Institut den Erfolg, daß die berechtigten Familienglieder auf die persönliche Klage gegen den Restitutionspflichtigen nicht beschränkt waren, sondern sobald eine res testatoris propria den Gegenstand des Fideicommisses bildete, auch von jedem Besitzer der Sache dieselbe vindiciren konnten.

Das Familienfideicommiß dauert so lange, als dem Willen des Testators zufolge Berechtigte vorhanden sind. In der Hand des letzten Besitzers der Sache wird dieselbe freies Eigenthum, worüber er durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, wie letztwillig verfügen kann[32]). Eine Beschränkung der Dauer der

---

se, cum moreretur, relictum heres eligere debet ei: quem elegit, frustra testamento suo legat, quod postea, quam electus est, ex alio testamento petere potest; utrum ergo non constitit, quod datur, quasi creditori relictum, an quamdiu potest mutari voluntas, non recte creditori comparabitur? Sive tamen durat electio, fuisse videtur creditor, sive mutetur, ex neutro testamento petitio competit.

[29]) L. 114 § 15 De legat. I: Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommisit ne fundum alienaret, et ut in familia relinqueret, et filius decedens, duos heredes instituit, tertium exheredavit, eumque fundum extraneo legavit, divi Severus et Antoninus rescripserunt verum esse non paruisse voluntati defuncti filium. § 16 eod.: Sed et si, cum duos exheredavit, unum heredem instituit, fundum extraneo legavit, putat Marcellus posse exheredatos petere fideicommissum. Quod evenit et si vivus filios emancipasset et postea fundum alienasset.

[30]) L. 4 C. De fideic. (6, 42): Voluntas patris prohibentis liberos fundos extra familiam vendere vel pignori dare, fratrem sorori donare prohibuisse non videtur.

[31]) L. 67 § 6. L. 69 § 3 De legat. II.

[32]) L. 78 § 3 De legat. II.

Familienfideicommisse auf gewisse Generationen hat erst Justinian in Nov. 159 eingeführt, eine durchaus positive Bestimmung, die nicht aus der Natur der römischen Familienfideicommisse hervorgegangen ist. Auf ihre Tragweite wird daher erst später bei der Lehre von der Dauer eines Familienfideicommisses eingegangen werden.

Ein Fideicommiß für die familia libertorum konnte zu Gunsten der Freigelassenen[33]) allein angeordnet sein, von denen aber auch wohl der eine oder der andere wegen Undankbarkeit und pflichtwidrigen Betragens gegen den Patron ausdrücklich ausgeschlossen wird[34]). Dasselbe konnte sich jedoch auf die Kinder und selbst die entfernteren Descendenten erstrecken, und zwar im letzteren Falle entweder unter Benennung bestimmter Grade[35]) oder ohne Beschränkung[36]) und selbst auf die Freigelassenen der Liberten[37]). In welcher Reihenfolge diese verschiedenen Klassen von Bedachten zum Genuß gelangen sollten, hing lediglich von der Bestimmung des Disponirenden ab. Derselbe konnte die Descendenten und auch wohl Freigelassenen der Liberten mit letzteren zugleich berufen[38]), er konnte die Descendenten in die Stelle ihrer verstorbenen Eltern eintreten[39]), oder sie erst nach dem Tode sämmtlicher Freigelassenen zum Genuß gelangen lassen[40]). Fehlte es aber an einer solchen ausdrücklichen Be-

---

[33]) Hierzu werden auch diejenigen gerechnet, welche durch heredes extranei des Testators in Folge eines von letzterem ihnen auferlegten Fideicommisses freigelassen sind: L. 77 § 11 De legat. II.

[34]) Testament. Dasum. Z. 91: Praeterquam Hymno pess*ime de me merito et ingrato erga patronum suum*.

[35]) L. 18 pr. De ann. legat. (33, 1): Codicillis testamento confirmatis fundum libertis legavit eumque alienari vetuit, sed pertinere voluit vel ad filios libertorum vel ex his natos.

[36]) So im Testament des Dasumius Z. 95 f.: *t*unc ad libertorum *meorum filios posterosque, donec esset unus eorum idem volo perti*nere.

[37]) Donatio Syntrophi Z. 10. Die Anführung dieser donatio (s. folgende Note) rechtfertigt sich dadurch, daß materielle Verschiedenheiten zwischen den Fideicommissen zu Gunsten der Freigelassenen und den gleichen Verfügungen unter Lebenden nicht bestehen.

[38]) So ist wohl zu verstehen Donatio Syntrophi Z. 9—11: *tum ut* quisque vestrum vivet, quive ex vobis geniti erunt, aut a quo vestrum quis manumissus erit, ad quem unum pluresve portio similiter huius loci aedificiive pertinebit, id ex formula su*prascripta dividatis*.

[39]) So in der L. 77 § 13 De legat. II: Volo praedia dari libertis meis, quod si quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo: collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere placuit.

[40]) So im Testament. Dasum. Z. 94 ff.: *Quodsi liberti libertaeque in rerum natura omnes esse de*sierint, *t*unc ad libertorum *meorum filios — idem volo perti*nere.

stimmung, und hatte der Disponirende sich damit begnügt, eine Anordnung für seine familia oder die familia nominis zu treffen, so hatte sich über den Kreis der Bedachten, wie über die Ordnung, in welcher sie als berufen galten, eine Interpretationsregel bei den römischen Juristen gebildet, welche uns Modestin in L. 32 § 6 De legat. II giebt: In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos exstinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit. Hiernach erhalten also im Zweifel das Fideicommiß die Freigelassenen und deren Descendenten ersten Grades, denn daß unter denen, qui ex nomine defuncti fuerint, eben die Freigelassenen allein zu verstehen sind, zeigt die Gegenüberstellung der ex his primo gradu procreati. Letztere sind aber den ersteren, wie die Worte augenscheinlich zeigen, ganz gleichgestellt, und deshalb werden beide zusammen berufen. Wenn der Jurist aus der Zahl der Freigelassenen vor den übrigen denen einen Anspruch auf das Fideicommiß giebt, qui nominati sunt, so hat er hierbei an den Fall gedacht, wo der Testator gewissen speciell genannten Freigelassenen eine Sache vermacht, ihnen jedoch die Veräußerung derselben im Interesse der familia libertorum untersagt. Hier werden bei dem ersten Anfall des Fideicommisses durch die namentlich bezeichneten die übrigen Freigelassenen ausgeschlossen, auch wenn von den ersteren nicht alle mehr am Leben sind. Stirbt jedoch von diesen, nachdem sie das Fideicommiß erworben haben, einer, so fällt sein Antheil nicht den übrigen speciell genannten, sondern sämmtlichen Freigelassenen zu[41]), wenn nicht der Testator, was ihm freistand, das Entgegengesetzte verordnet hatte.

Die Anordnung besteht so lange, als Personen da sind, zu deren Gunsten sie getroffen ist, im Zweifel also so lange noch einer der Freigelassenen und deren Kinder am Leben ist, indem der Antheil der gestorbenen den überlebenden zufällt. Das Schicksal der vermachten Sache nach dem Tode dieses Letztlebenden war ein verschiedenes, je nachdem der Testator darüber eine Bestimmung getroffen hatte oder nicht. Hatte derselbe nichts verfügt, so wurde die Sache, wie beim eigentlichen Familienfideicommiß, freies Eigenthum in der

---

[41]) L. 94 De legat. III: Is qui complures libertos relinquebat, tribus ex his fundum legaverat, et petierat, ut curarent, ne de nomine suo exiret. Quaerebat, ex tribus qui primus moriebatur, utrum utrique vel alteri ex his, qui sibi legato coniuncti essent, relinquere partem suam deberet, an possit vel alii conliberto suo eam relinquere? Placuit, etsi voluntatis quaestio esset, satis facturum, et si alii reliquisset. Quodsi nulli dedisset, occupantis an omnium conlibertorum, et num eorum tantum, quibus pariter legatum esset, petitio fideicommissi esset, dubitabatur. Et Julianus recte omnibus deberi putavit.

Hand des Letztlebenden, und ging also auf seine Erben über. Es ergiebt sich dies daraus, daß in Ermangelung eines ferneren Berechtigten das Veräußerungsverbot und die Restitutionspflicht bedeutungslos geworden. Fand sich eine Bestimmung des Testators, so war dieselbe natürlich maßgebend. Hierdurch konnte ganz dasselbe ausdrücklich angeordnet sein, was ohne Bestimmung von selbst eintrat, und es finden sich dafür Beispiele in den Pandekten[42]). Gewöhnlich aber wird der Testator, eben weil eine schon dem Recht nach eintretende Folge nicht noch einer ausdrücklichen Bestätigung bedurfte, dem Letztlebenden die Restitution der Sache an einen Anderen aufgegeben haben. Dies konnten eine oder auch mehrere Personen sein[43]), oder auch eine Stadtgemeinde[44]).

Wie für das Aussterben der zum Fideicommiß berechtigten Personen, so konnte der Testator auch für den Fall einer Seitens der Freigelassenen vorgenommenen unerlaubten Veräußerung eine Bestimmung treffen, und es findet sich auch in L. 38 § 5 De legat. III[45]) die Vorschrift, daß alsdann die Sache sofort einer Stadtgemeinde zufallen soll, so daß also in Folge einer derartigen Bestimmung des Testators die Veräußerung für das Recht des Contravenienten die Bedeutung einer Resolutivbedingung hatte. So gut natürlich hier die Restitution an eine Stadtgemeinde vorgeschrieben wird, so konnte sie auch an irgend eine sonstige juristische wie physische Person angeordnet sein. Fehlte es an einer solchen Bestimmung, so konnten, freilich erst dann, wenn auch ohne die Veräußerung ihr Recht auf den dem Veräußerer

---

[42]) L. 108 De C. et D. (35, 1): Libertis omnibus legavit domum et haec verba adiecit, ut in ea habitent liberti, ne de nomine exeat et ut ad unum, qui novissimus exstiterit, perveniat —. Indirect konnte der Testator dasselbe anordnen, wenn er die Veräußerung nur so lange untersagte, bis nur noch ein Freigelassener am Leben wäre. So in L. 88 § 6 De legat. II: Lucius Titius testamento ita cavit: Praediolum meum dari volo libertis libertabusque meis, et quos hoc testamento manumisi, et Seiae alumnae meae ita, ne de nomine familiae meac exeat, donec ad unum proprietas perveniat.

[43]) So in dem Testament des Dasumius, vorausgesetzt, daß die Restitution richtig, die Freigelassenen eines Freundes des Testators und deren Descendenz: Z. 96 f.: Quodsi esse desierit, *tunc ad Serviani mei libertos — pertineat.*

[44]) L. 34 pr. De usu leg. (33, 2): Codicillis fideicommissa in haec verba dedit: Libertis libertabusque meis, et quos in codicillis manumisi, fundum, ubi me humari volui, dari volo, ut, qui ab his decesserit, portio eius reliquis adcrescat, ita ut ad novissimum pertineat: post cuius novissimi decessum ad rempublicam Arelatensium pertinere volo.

[45]) Quindecim libertis, quos nominaverat, praediolum cum taberna legaverat et adiecerat haec verba: sibique eos habere possidere volo ea lege et condicione, ne quis eorum partem suam vendere donareve aliudve quid facere alii velit. Quodsi adversus ea quid factum erit, tunc eas portiones praediumve cum taberna ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo.

gehörenden Theil begründet gewesen, d. h. nach dem Tode desselben, diejenigen, zu deren Gunsten die Veräußerung untersagt oder an welche die Restitution der Sache für den Fall des Todes des Betreffenden vorgeschrieben war, die veräußerte Sache vindiciren, also bei einem lediglich zu Gunsten der Freigelassenen angeordneten Fideicommiß die Colliberten des Veräußerers, doch unter der Voraussetzung, daß nicht auch sie für ihren Theil das Veräußerungsverbot übertreten hatten[46]).

Als verbotene Veräußerung wurde jedoch die nicht angesehen, welche zu Gunsten eines ebenfalls zum Genuß des Fideicommisses Berufenen erfolgte.[47]) Ja wenn der Disponirende lediglich die Bestimmung getroffen: de nomine meo exire veto, so war den Freigelassenen die Veräußerung nicht nur an ihre Descendenten, sondern auch an ihre Freigelassenen gestattet. Denn wurden auch die letzteren im Zweifel nicht mit zu der familia libertorum, zu deren Gunsten das Fideicommiß hinterlassen war, gerechnet, so hatte doch der Veräußerer nicht gegen den Willen des Testators gehandelt, da der Freigelassene des Libertus doch immer den Namen jenes trug. Natürlich war der, welcher auf diese Weise einen Theil des Objects des Fideicommisses erhalten hatte, derselben Beschränkung, wie der Veräußerer unterworfen. Dem scheint zu widersprechen L. 38 § 5 De legat. III., wo es nach den in Note 45 angeführten Worten weiter heißt: quidam ex his libertis vendiderunt partes suas duobus conlibertis suis ex eodem corpore: emptores autem defuncti Gaium Seium extraneum heredem reliquerunt. Quaesitum est partes, quae venierunt, utrum ad Gaium Seium, an ad superstites conlibertos suos, qui partes suas non vendiderunt, pertinerent? Respondit secundum ea, quae proponerentur, ad Gaium Seium pertinere. Idem quaesiit, an partes venditae ad rempublicam Tusculanorum pertinerent? Respondi non pertinere. Claudius: quia non possidentis persona, qui nunc extraneus est, respicienda est, sed emptorum, qui secundem voluntatem defunctae ex illis fuerunt, quibus permiserat testatrix venundari, nec con-

---

[46]) L. 77 § 27 De legat. II: Libertis praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent. Si excepto uno ceteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet: eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui iudicio paruerunt; alioquin perabsurdum erit, vice' mutua petitionem induci, scilicet ut ab altero partem alienatam quis petat, cum partem suam alienando perdiderit. Sed hoc ita procedere potest, si pariter alienaverint, ceterum prout quisque prior alienaverit, partem posterioribus non faciet; qui vero tardius vendidit, ei, qui non vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur —.

[47]) Das gilt sowohl in Betreff der Veräußerungen unter Lebenden, als der Verfügungen von Todeswegen. L. 94 De legat. III (s. Note 41).

dicio exstitit dati fideicommissi Tusculanis. Aus den Schlußworten der Stelle könnte man gerade das Gegentheil von dem oben Gesagten folgern wollen. Allein in dem hier gesetzten Falle hat die Testatrix nicht allgemein den zum Genuß des Fideicommißobjects Gelangenden die Veräußerung untersagt, sondern nur den zunächst Berufenen.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesen zu Gunsten der familia libertorum angeordneten Fideicommissen und den eigentlichen Familienfideicommissen besteht, wie aus der bisherigen Darstellung hervorgeht, abgesehen von dem verschiedenartigen Zwecke, darin, daß, während die letzteren durch das Recht zeitlich nicht beschränkt sind, die ersteren mit der zweiten Generation erlöschen.

Es liegt auf der Hand, daß nur die eigentlichen Familienfideicommisse für das heutige Recht direct von Einfluß sein konnten, daß man dagegen aus Sätzen, welche bei den für die familia libertorum angeordneten Fideicommissen galten, nicht stets einen Schluß auf die jetzigen Familienfideicommisse ziehen darf. Da aber, wie oben vorausgeschickt wurde, die Juristen nicht genau zwischen den beiden genannten Instituten unterscheiden, so haben wir bei den schlechtweg über ein fideicommissum familiae relictum handelnden Stellen stets zu untersuchen, welches von beiden in Frage steht, was sich aus den zur Sprache gebrachten besonderen Umständen des Falles und gewissen Redewendungen der Anordnung ergeben wird, wie namentlich stets dann ein für die familia libertorum errichtetes Fideicommiß anzunehmen ist, wenn als Berechtigte die genannt werden, welche den Namen des Disponirenden tragen (qui ex nomine defuncti fuerint)[48]) oder wenn der Testator rücksichtlich der von ihm vermachten Sache bestimmt: de nomine meo exire veto[49]). Lediglich zu dem Zweck, um nach dieser Seite hin die Orientirung in den einschläglichen Stellen des corpus iuris zu erleichtern, habe ich die Grundzüge des fideicommissum familiae libertorum relictum angegeben.

§ 2.

Ausbildung der Lehre vom Familienfideicommiß in Deutschland.

Das römische Familienfideicommiß hatte den Zweck, in demselben Maße die Zuwendung von Sachen oder auch eines Vermögens oder eines Theils eines solchen an eine ganze Familie zu ermöglichen, als dies zu Gunsten einzelner Personen durch Vermächtniß oder Erbeseinsetzung möglich war. Eine derartige Zuwendung geschah in der Absicht, den Wohlstand der Familie zu erhalten. Hierfür lassen sich nicht sowohl Quellen-Belege anführen, als es sich daraus ergiebt, daß es der einzig vernünftige Grund ist, der sich dafür denken läßt. Daß diese Absicht nur in höchst unvollkommener Weise durch das genannte Institut erreicht wurde, wird sich aus dem § 1 zur Genüge er-

---

[48]) L. 32 § 6 De legat. II. [49]) L. 38 § 2 De legat. III.

geben haben. Der restitutionspflichtige Inhaber des Fideicommißobjects ist, abgesehen natürlich von ausdrücklicher Anordnung des Testators, welche diesem frei stand, gar nicht einem unbedingten Veräußerungsverbot unterworfen, sondern es sind ihm nur Veräußerungen außerhalb der Familie untersagt, wie er bei Hinterlassung der Sache im Zweifel nicht an die Beobachtung bestimmter Grundsätze, etwa der beim Intestaterbrecht maßgebenden gebunden ist, sondern der Wille des Testators als erfüllt angesehen wird, wenn jener nur irgend einem Mitgliede der berechtigten Familie die Sache hinterläßt. Hieraus geht aber wieder hervor, daß für eine solche Ausbildung des Instituts, wodurch der angegebenen Absicht besser genügt worden wäre, kein Bedürfniß bestand. Die Ansicht nämlich, daß das Recht bei dem Schaffen neuer Rechtsinstitute hinter dem Bedürfniß des Lebens zuweilen zurückbleibe, halte ich für eine durchaus irrige. Die Gesetzgebung mag wohl häufig den Anforderungen des Lebens nicht gerecht werden, weshalb auch die Form, in der ein Rechtsinstitut erscheint, nicht immer die geeignete ist, da diese zuweilen nur durch die Gesetzgebung in's Leben gerufen werden kann, allein das Gewohnheitsrecht muß und wird stets seine Schuldigkeit thun, und zur juristischen Normirung bestimmter Lebensverhältnisse auch stets das entsprechende Rechtsinstitut ausbilden. In Betreff des römischen Familienfideicommisses ist es aber mit um so größerer Sicherheit anzunehmen, daß dieses Rechtsinstitut, sowie es durch die Jurisprudenz ausgebildet war, dem Bedürfniß vollkommen genügt habe, als das geschilderte Wahlrecht des Restitutionspflichtigen bei der Hinterlassung der vermachten Sache, und das ihm zugestandene beschränkte Veräußerungsrecht als dem Willen des Testators durchaus entsprechend dargestellt wurde.

Wenn nun in Deutschland das Rechtsinstitut viel schärfer ausgebildet und mit der größten Consequenz durchgeführt ist, so folgt aus dem eben Gesagten, daß dies durch die eigenthümlichen deutschen Verhältnisse bedingt ist. Dasselbe läßt sich aber auch historisch erweisen, vorausgesetzt, daß wir in dem Familienfideicommiß die Form sehen, welche nach der Reception des römischen Rechts bestimmte germanische Institute annahmen.

Wie überall, so liegt auch bei den Deutschen der politische Schwerpunkt in den besitzenden Klassen. Der Reichthum erscheint aber in den früheren Zeiten in der Gestalt des Grundbesitzes. Freilich war, nach der m. E. richtigen Ansicht, in der ältesten Zeit Grundbesitz zur Ausübung der sämmtlichen Rechte der Freiheit, des Vollbürgerrechts nicht erforderlich, allein schon in der Carolingerzeit sehen wir die Grundeigenthümer, die boni viri im Alleinbesitz der wesentlichsten Freiheitsrechte[1]), und in der Folgezeit concentrirte sich dies, da die kleineren Grundbesitzer mehr und mehr in Abhängigkeit geriethen, auf die größeren Grundbesitzer. Das ist noch der Zustand zur Zeit der Rechtsbücher. Die Landsassen, welche nach dem Sachsenspiegel nen egen hebbet in me

---

[1]) Vgl. Walter, deutsche Rechtsgeschichte. (2. Ausg. Bonn 1857) Bd. I § 69.

lande, sondern komet unde varet gastes wise erscheinen keineswegs, als cives optimo iure, sondern allein die Schöffenbarfreien, in deren Familien wenigstens größerer freier Grundbesitz sich erhalten haben mußte [2]). Dasselbe sehen wir auch in der Folgezeit. Zwar verschwindet der Stand der Schöffenbarfreien und räumt seinen Platz den Ritterbürtigen ein, welche jene zum Theil in sich aufnahmen. Allein wenn auch dieser Stand seine eigentliche Bedeutung der kriegerischen Lebensweise verdankte, so war doch seine nothwendige Grundlage immer noch bedeutenderes Vermögen, da man ohne solches nach der Beschaffenheit des damaligen Kriegsdienstes jene Lebensweise gar nicht führen konnte. Auch dieses Vermögen war durchweg Grundvermögen, denn wenn es auch ritterbürtige Geschlechter nicht nur auf dem Lande, sondern auch in den Städten gab, in letzteren aber der Reichthum durch die Betreibung von Handel und Gewerben vorzugsweise erworben wurde, zunächst also Geldreichthum war, so verwandte man das erworbene Geld doch meist wieder zum Ankauf von Grundstücken, und beruhte namentlich das Ansehen der städtischen schöffenbarfreien und der aus diesen sich entwickelnden ritterbürtigen Geschlechter auf den Grundbesitz [3]).

Das ältere Recht war der Bewahrung des Vermögens, namentlich des Grundeigenthums in den einzelnen Familien, günstig. Zuerst freilich nur durch sein eigenthümliches Intestaterbrecht, welches die weiblichen Verwandten entweder ganz von der Succession in das Grundeigenthum ausschloß, oder doch die Söhne, regelmäßig auch die Söhnes-Söhne, den Töchtern vorgehen ließ. Es kam hinzu, daß Veräußerungen von Immobilien, wie das wohl überall bei einfachen, vorwiegend ländlichen Verhältnissen der Fall ist, durchaus ungewöhnlich, letztwillige Verfügungen aber durch die eigenthümlichen und umständlichen Formen der Vergabungen von Todes wegen sehr erschwert waren. Und als später Veräußerungen von Grundeigenthum wie letztwillige Verfügungen über solches häufiger wurden, so entstand nach und nach eine rechtliche Schranke für die Veräußerungsfreiheit an dem Beispruchsrecht der Erben, wodurch es in deren Hand gelegt war, ihnen nachtheilige Veräußerungen zu verhindern [4]).

---

[2]) Vgl. Homeyer, über die Heimath nach altdeutschem Recht, insbesondere über das Hantgemal (in den Abhandlungen der Berliner Academie der Wissenschaften 1852) S. 21 f. Stobbe, die Stände des Sachsenspiegels (in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XV) S. 320—336.

[3]) Vgl. Walter, deutsche Rechtsgeschichte Bd. I § 237. Bd. II § 462.

[4]) Es geschah dies zuerst im Landrecht, und zwar, abgesehen von dem Sachsenrecht, seit dem Anfange des eilften Jahrhunderts, später, und zwar erst seit dem Anfange des dreizehnten Jahrhunderts, auch im Lehnrecht (Homeyer, System des Lehnrechts, im Sachsenspiegel Thl. II, 2. — Berl. 1844 — S. 437—440), wo früher rücksichtlich der Veräußerungen das Interesse der Lehnserben dem des Herrn durchaus untergeordnet war. — Auch diesen Umstand, glaube ich, kann man als

Doch in den späteren Jahrhunderten des Mittelalters wurde dieses Beispruchsrecht der Erben sehr gelockert, bereits längere Zeit vor der Reception des römischen Rechts, und zwar wohl hauptsächlich durch die veränderten Culturverhältnisse. Drohte nun dieser Umstand, und die dadurch herbeigeführte größere Veräußerungsfreiheit dem Immobiliarvermögen der Familien gefährlich zu werden, so ist dasselbe zu sagen rücksichtlich der allmählich sich Bahn brechenden Gleichberechtigung der Töchter mit den Söhnen im Erbrecht, denn seitdem diese anerkannt war, zerfiel nothwendig der vom Vater hinterlassene Nachlaß in mehr Theile und gelangte durch Heirath der Töchter theilweise an fremde Familien.

Das mußte sich auch beim Adel, und zwar sowohl dem hohen, als dem niederen, geltend machen. Derselbe mußte daher darauf bedacht sein, dieser ihm schädlichen Einwirkung der neueren Rechtsbildung entgegen zu arbeiten, um so mehr, als der hohe Adel damals bereits als ein besonderer Stand von der übrigen Bevölkerung sich abgeschlossen, und auch in dem Ritterstande sich dasselbe Bestreben geltend machte, wenn es auch nicht mit der gleichen Consequenz durchgeführt wurde. That das der Adel nicht, so ging er nothwendiger Weise demselben Schicksal entgegen, welches die Schöffenbarfreien gehabt hatten.

Eine derartige Opposition des Adels, und zwar zuerst des hohen, gegen den neuen Rechtszustand zeigte sich auch sehr bald. Die nachtheiligen Grundsätze des Erbrechts wurden dadurch beseitigt, daß man zuerst im einzelnen Fall die Töchter von der Succession entfernte durch Erbverzichte, zu deren Ausstellung man sie veranlaßte, in der späteren Zeit ganz allgemein durch ein für alle Mal feststehende Hausgesetze denselben das ihnen nach dem Landrecht zustehende Erbrecht entzog, was der hochadeligen Familie vermöge des ihr gebührenden Rechts der Autonomie gestattet war. In gleicher Weise wurden

---

einen Beweis dafür geltend machen, daß wir in dem Beispruchsrecht der Erben nicht ein ursprünglich deutsches Institut zu suchen haben. Es wäre doch seltsam, daß dasselbe, wenn es von jeher im deutschen Recht anerkannt gewesen, sich nicht auch beim Lehn von Hause aus, wenigstens nachdem dasselbe erblich geworden, geltend gemacht hätte, da dieses doch, wie die spätere Entwickelung zeigt, als ein Rechtsverhältniß angesehen wurde, bei dem jenes Platz greifen konnte. Aber auch abgesehen hiervon habe ich durchaus keine Veranlassung, meine oben angedeutete, in meiner Schrift, die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht (Berl. 1864) S. 7—23 näher entwickelte Ansicht in irgend einer Weise zu modificiren. Die dagegen erhobenen Einwände, so namentlich die sehr allgemein gehaltenen von Kraut (Göttinger gelehrte Anzeigen von 1867 S. 952 ff.) haben mich von der Unrichtigkeit derselben nicht überzeugen können. Dagegen gebe ich Pernice (Münchener kritische Vierteljahrsschrift Bd. IX S. 68) sehr gern zu, daß der Nachweis der Richtigkeit der einen oder der anderen Ansicht einer weit umfangreicheren Benutzung des urkundlichen Materials, als dies bisher geschehen, bedarf.

durch Hausgesetze Theilungen der Güter, welche in der Familie von Geschlecht zu Geschlecht vererbt waren, und auf denen die Würde der Familie beruhte, so viel als möglich zu verringern gesucht, und endlich eben dadurch die Befugniß über dieses Vermögen nach Belieben zu schalten, dem jedesmaligen Besitzer entzogen, die Güter selbst für unveräußerlich erklärt.

Eine ähnliche Richtung mußte sich seit dem Ausgang des Mittelalters des niederen Adels bemächtigen, und zwar um so mehr, als er bereits das eine Fundament seiner hervorragenden Stellung, nämlich seine kriegerische Bedeutung mehr und mehr eingebüßt hatte. An sich hatte nun das alte Recht der Immobilien mit seiner beschränkten Veräußerlichkeit und seiner ausschließlich agnatischen Succession in gewissem Umfange und bei gewissen Gütern im Kreise des niederen Adels sich erhalten, nämlich bei den von den Vorfahren ererbten s. g. Stammgütern. Allein, da der niedere Adel, einschließlich der Ritterschaft, von wenigen Ausnahmen abgesehen, sich nicht bei seiner Unmittelbarkeit unter Kaiser und Reich zu behaupten vermocht hatte, sondern in Landsässigkeit gerathen war, so konnte er sich nicht autonomische Satzungen, Hausgesetze geben, und damit das bisher bestandene Recht für immer fixiren. Das hergebrachte Recht der Stammgüter erhielt sich, da es im gemeinen Recht, wie schon bemerkt, keine Stütze mehr hatte, nur so weit, als es durch Territorialgesetzgebung oder Gewohnheitsrecht anerkannt wurde. Daneben machte sich freilich, da man hierdurch häufig nicht hinlänglich das Interesse der Familie gewahrt sah, das Bestreben geltend, im einzelnen Falle durch besondere Uebereinkunft, namentlich durch Erbverzichte das Vermögen vor Zersplitterung möglichst zu bewahren [5]). Dem Recht der Stammgüter drohte aber völlig der Untergang, als das recipirte römische Recht sich in Deutschland nicht nur als subsidiaires Recht geltend machte, sondern auch auf die Particularrechte seinen Einfluß zu üben begann, indem dasselbe weder eine von der gewöhnlichen abweichende Successionsordnung und ein gesetzliches Veräußerungsverbot für gewisse Arten von Gütern, noch derartige eigenthümliche Güter überhaupt anerkennt. Ihrer ganzen Tendenz gemäß hätten nun die romanisirenden Juristen dem genannten Institut ihre Anerkennung versagen müssen, wie sie anfänglich auch jene Vereinbarungen nicht für rechtsbeständig hielten. Aber der Adel war damals noch ein mächtiger Stand, und so ließen es sich die Juristen angelegen sein, nach einer Form, und zwar einer römischrechtlichen, zu suchen, in welcher sich jene Eigenthümlichkeiten des älteren deutschen Rechts conserviren ließen. Den passendsten Anhalt hierfür gewährte das römische Familienfideicommiß, sowohl wegen des ihm zu Grunde liegenden Zweckes, als wegen des Mittels, durch welches man diesen zu erreichen suchte. Jener war die beabsichtigte Erhaltung des Wohlstandes der Familie, das

---

5) Vgl. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen (Götting. 1835. 37. 40) Thl. II Bd. 2 S. 259—309.

Mittel zur Erreichung desselben das zu Gunsten der Familienglieder gesetzte Veräußerungsverbot. Die Anwendung dieses Instituts, welches auch in Spanien die Grundlage der Majorate geworden, wie dies aus Covarruvia's[6]) und Molina's[7]) Schriften deutlich hervorgeht, bot um so weniger Veranlassung zu Bedenken dar, als dasselbe schon eine bei weitem consequentere Durchbildung, als dies im römischen Recht der Fall war, durch die italienischen Juristen erfahren hatte[8]). Zwar behandeln diese das Familienfideicommiß noch als kein eigenthümliches Institut, sondern lediglich als eine besondere Gestaltung des römischen Fideicommisses, so namentlich Peregrinus[9]), Fusarius[10]) und Petra[11]), aber ihnen sind bereits immerwährende Fideicommisse, namentlich zu Gunsten der eigenen Descendenten des Testators bekannt[12]).

In Deutschland hatte zuerst Zasius Notiz genommen von den unter dem Adel vorkommenden besonderen erbrechtlichen Verfügungen. Ohne dieselben unter eine bestimmte civilrechtliche Form zu bringen, meint er doch, daß man dieselben anerkennen müsse. Er handelt nämlich von ihnen in seinen singularia responsa[13]) l. II c. 7 unter dem Titel: de anonymis quibusdam in iure nostro. Hierüber sagt er im Allgemeinen (n. 1): Placet adserere, ut alias, multa in iure nostro inveniri anonyma et tamen in eo ipso nomina certa eis non reperiuntur, et nihilominus constringuntur sub regulis iuris. Und zur Erläuterung bemerkt er, unter Namhaftmachung anderer Beispiele (n. 3): Item in ordinationibus successoriis, quibus tota Germania est referta, hoc videre licet: hae enim nec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nupt., nec plane pactum, sed est voluntas in genere. Hierbei kann sich freilich Zasius nicht enthalten, auf eine

---

[6]) Variae resolutiones l. III.

[7]) De Hispanorum primogeniorum origine ac natura (ed. II Colon. 1601).

[8]) Ueber die Ausbildung der Theorie der deutschen Familienfideicommisse handeln Beseler, Erbverträge II, 2 S. 75—84. Zimmerle, das deutsche Stammgutssystem nach seinem Ursprung und seinem Verlauf (Tübing. 1857) S. 277—291. Costa, Entwickelungsgeschichte der deutschen Familienfideicommisse (Inaugural-Abhandlung. München 1864).

[9]) De fideicommissis (Francof. 1589, hier benutzt ed. XIII Norimb. 1725).

[10]) De substitutionibus p. II de fideicommissaria substitutione (1599, benutzt ed. Colon. Allobr. 1653).

[11]) De fideicommissis et maxime ex prohibita alienatione resultantibus (1603, benutzt ed. Francof. 1661).

[12]) Peregrinus, de fideicommissis art. 30 n. 2 sqq. n. 10 sqq. Fusarius, de fideic. subst. qu. 480 n. 63 sqq. Petra, de fideicommissis qu. 8 n. 41.

[13]) Opera t. IV (Francof. a. M. 1590).

Analogie des römischen Rechts aufmerksam zu machen, indem er dazu L. Licet (19) C. De pact. citirt[14]).

Eine eingehendere Behandlung wird den Rechtsgeschäften des Adels (hohen wie niederen), welche die Erhaltung des Familienvermögens bezweckten, sowie den dieselbe Richtung verfolgenden Instituten, welche sich gewohnheitsrechtlich oder in Folge besonderer gesetzlicher Anerkennung erhalten hatten, von Betsius zu Theil, der diesem Gegenstand ein eigenes Buch, den im Jahre 1611 zuerst erschienenem Tractat de statutis, pactis et consuetudinibus familiarum illustrium et nobilium[15]) gewidmet hat. Er geht aus von dem ius statuta condendi und consuetudinem introducendi. Diese Befugniß steht nach ihm, trotz der in Deutschland anerkannten Geltung des römischen Rechts, denen unbestritten zu, welche Jurisdiction über die Sachen haben, worauf sich das betreffende Statut oder die Gewohnheit bezieht[16]). Demgemäß gebühre die angegebene Befugniß den principes, comites, barones, civitates und allen status imperii, aber auch den nobiles immediate imperio subiecti, welche dieselbe nach Maßgabe der ihnen zustehenden Jurisdiction ausüben könnten[17]). Aber auch Privatpersonen hätten die Befugniß, Beschränkungen der Veräußerungsbefugniß durch Vertrag festzusetzen, z. B. seien solche zwischen Brüdern und Agnaten vollkommen gültig, wodurch diese bestimmten, daß ihre unbeweglichen Güter, ererbte wie selbsterworbene, weder unter Lebenden noch durch letztwillige Verfügung außer der Familie veräußert werden dürften. Wollte ein Agnat einer derartigen Bestimmung zuwider doch eine Veräußerung vornehmen, so könne gegen ihn vom Reichskammergericht ein mandatum inhibitoriale sine clausula ausgewirkt werden, besonders wenn es sich um Verträge berühmter altadeliger Familien handele, bei deren Erhaltung der Staat ein Interesse habe[18]). Nichtsdestoweniger aber hindern ein solches Veräußerungsverbot den Uebergang des Eigenthums nicht, wenn die Veräußerung wirklich vollzogen, es finde also die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer nicht Statt, sondern nur eine actio ad interesse contra heredes paciscentis, es müßte denn die Aufrechterhaltung jener Vereinbarung durch ein an den, mit dem Veräußerungsverbot, belegten Sachen bestelltes Pfandrecht gesichert sein[19]). Eine Ausnahme hiervon wird freilich gemacht zu Gunsten des reichsständischen Adels, der duces et comites, qui dignitatem perpetuam et ad suos descendentes transmissibilem habent. Ein von diesen vertragsmäßig festgesetztes Veräußerungsverbot sei dem gesetzlichen gleichzuachten, denn die Contracte derselben hätten vim legis in Folge der ihnen zustehenden iura

---

14) Vgl. über diese Constitution Beseler, Erbverträge II, 1 S. 106 ff.

15) Hier benutzt ed. IX cura Schilteri Argentor 1699.

16) C. I § 3. 17) C. II § 1. 18) C. IV § 3.

19) Nisi res ipsae pro observantia huius conventionis obligatae et hypothecae suppositae sint (C. IV § 4).

imperii et ius perpetuum in eorum dominio, wodurch sie legibus soluti innerhalb ihres Territoriums würden. Dennoch hält Betsius es für sicherer, auch diese Verträge cautelis idoneis et usitatis stabilire[20]). Als solche Sicherungsmittel führt er an die kaiserliche Bestätigung[21]) und das pactum constituti possessorii, dessen Wesen darin bestehe, daß für den Fall der Veräußerung der veräußerende Besitzer so angesehen werde, als ob er die Sache nur nomine cedentis, oder wie es später deutlicher ausgedrückt wird, im Namen der Interessenten besessen habe[22]). Dem in einer letztwilligen Verfügung ausgesprochenen Veräußerungsverbot giebt jedoch Betsius die Bedeutung einer prohibitio realis mit der Wirkung, daß die veräußerte Sache aus der Hand jedes Besitzers zurückgefordert werden kann, wofür er L. 114 § 14 und § 15 De legat. I citirt[23]). Und dasselbe soll gelten von einem pactum, welches in consequentiam praecedentis dispositionis vel ultimae voluntatis abgeschlossen ist[24]). Auch sieht Betsius in den pacta successoria ein stillschweigendes Veräußerungsverbot[25]). Durch eine derartige Anordnung könne auch und zwar ad conservandum familiarum illustrium splendorem die Primogenitur (also natürlich überhaupt eine besondere Successionsordnung) eingeführt werden[26]). Für die Dauer des Veräußerungsverbots hält Betsius jedoch auf die Auctorität des Molinäus hin die Vorschrift der Novelle 159 für anwendbar, läßt demzufolge dasselbe mit der vierten Generation aufhören, wenngleich er zugeben muß, daß diese Beschränkung der communis DD. oppinio nicht gemäß sei[27]). Mit dieser Ansicht stimmt es freilich nicht überein, wenn er an zwei anderen Stellen bemerkt, daß bei einer Primogenitur die derselben unterworfenen Güter a priore subsequenti in perpetuum zu restituiren seien[28]), und daß die Descendenten des einmal zum Genuß gelassenen Erstgeborenen bis zum Aussterben dieser Linie zur Succession gelangten[29]); es müßte denn jene Beschränkung bei den auf letztwilligen Verfügungen beruhenden Anordnungen zu subintelligiren sein.

Schon diese Skizze zeigt, daß Betsius nach der Form gewissermaßen sucht, in der er die eigenthümlichen älteren germanischen Institute des Immobiliarsachenrechts, durch welche die Güter der Familie erhalten bleiben sollten, civilistisch begründen könnte, und daß er durch die verschiedenen von ihm aufgestellten Formen, abgesehen vom Recht des reichsständischen Adels, nur unvollkommen und eigentlich erst auf Umwegen zu dem angegebenen Zweck gelangt. Durch das Fideicommiß wird derselbe zwar unmittelbar, aber wegen der Endlichkeit desselben nur innerhalb beschränkter Grenzen erreicht.

Ganz anders liegt die Sache bei Knipschildt, bei dem wir gleichfalls den Versuch finden, das Güterrecht des Adels vom romanistischen Standpunkt

---

[20]) C. IV § 5. [21]) C. IV § 7. [22]) C. IV § 8.
[23]) C. IV § 17. C. VIII § 29. [24]) C. IV § 17. [25]) C. V § 21.
[26]) C. VIII § 4. [27]) C. VIII § 29. [28]) C. VIII §. 4. [29]) C. VIII § 48.

aus darzustellen. Er behandelt diesen Gegenstand zuerst in seiner im Jahre 1626 vertheidigten Doctor-Dissertation und in dem acht und zwanzig Jahre später, 1654 erschienenen umfangreichen tractatus de fideicommissis familiarum nobilium, von Stammgütern, sive de bonis, quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur[30]), einem gründlichen, gelehrten, freilich aber zugleich außerordentlich weitschweifigen und schwerfälligen Werk. Das hier benutzte Mittel für den angegebenen Zweck ist das römische Familienfideicommiß in modificirter Gestalt, mit seinem beständigen Veräußerungsverbot[31]) — wobei er, abweichend von Betsius, die römischrechtliche Beschränkung der Familienfideicommisse auf vier Generationen auf die deutschen Fideicommisse nicht für anwendbar hält[32]) — und der Möglichkeit, eine dauernde Successionsordnung festzusetzen[33]), wodurch die Erbfolge der vom Stifter Berufenen zu einer successio ex pacto et providentia maiorum wird. Was nun die Institute des Vermögensrechts des Adels betrifft, denen Knipschildt diese Behandlung zu Theil werden läßt, so hebt er selbst (in seiner Vorrede) hervor, daß man zu manchen Mitteln seine Zuflucht genommen, um behufs Erhaltung des Glanzes und Ansehens der Familien die Veräußerung der bona avita außerhalb derselben zu verhindern, und nennt als solche außer den Familienfideicommissen noch die Primogenituren oder Majorate, die Erbverzichte der Töchter, die Erbverbrüderungen der hochadeligen Personen und die, die Weiber von der Succession in das väterliche Vermögen ausschließenden, Statuten, und stellt somit diese sämmtlichen Institute den Familienfideicommissen gegenüber. Den hieraus sich ergebenden engeren Begriff der Familienfideicommisse hält er auch im Anfange seines Werkes fest. Hier sagt er[34]): haec nostra fideicommissa familiarum nobilium conservandarum causa constituta dicuntur, quod fidei possessoris alteri de familia restituenda committantur et demandentur; und unterscheidet besonders diese Familienfideicommisse von den alten Stammgütern, die sich gleichfalls erhalten hätten, denen er aber nur eine particularrechtliche Bedeutung beilegt, indem er nur von sächsischen Stammgütern spricht[35]). Auch in der genaueren Definition des Familienfideicommisses, welche er am Ende des ersten Kapitels[36]) giebt, ist diesem eine engere Bedeutung beigelegt. Familienfideicommiß wird nämlich da erklärt als donatio[37]) quaedam ab instituente ea lege facta, ut bona proximioribus eodem gradu vel seniori in familia, ad eius conservationem perpetuo ac ordine successivo

---

[30]) Hier benutzt ed. Ulm. 1661 und Augustae Vindel. 1750. Diese letztere Ausgabe ist nicht zu empfehlen, da sie sehr viele, größtentheils freilich in die Augen springende und leicht zu verbessernde Druckfehler hat.

[31]) C. XI n. 1 sqq. [32]) C. IX n. 104 sqq. [33]) C. IX n. 1 sqq.

[34]) C. I n. 12. [35]) C. I n. 13—15. [36]) C. I n. 185.

[37]) Dies bedeutet hier lediglich allgemein „Zuwendung".

deferantur. Allein den Zweck hat Knipschildt wohl in der Folge festgehalten, und noch öfter ausdrücklich hervorgehoben[38]). Allein der Umstand, daß das Familienfideicommiß auf einem ausdrücklichen Stiftungsact beruhe, ist ihm bei der Darstellung des Einzelnen vollständig entschwunden. Deutlich zu Tage tritt dies im sechsten Capitel, wo er von den Errichtungsformen eines Fideicommisses handelt. Als solche zählt er freilich auf Testament, Codicill, Vertrag, donatio, aber auch consuetudo, Statut, praescriptio. Bei diesen drei letzten Entstehungsarten fehlt es ja doch an einem wesentlichen Stück der Fideicommißerrichtung, der Willenserklärung des Stifters. Schon hieraus, aber auch sonst aus der ganzen Behandlung des Gegenstandes ergiebt es sich, daß Knipschildt, wenn er ex professo auch nur von den Familienfideicommissen spricht, er unter dieser Form doch lediglich das Vermögensrecht des hohen und niederen Adels abhandelt, wie dies ja auch aus der im Titel des Buchs vorhandenen Gleichstellung der fideicommissa familiarum nobilium mit den Stammgütern hervorgeht. Da er jedoch in der voluntas fideicommittentis seu instituentis die caussa efficiens fideicommissorum nobilium familiarum sieht[39]), so ist er genöthigt, diese voluntas instituentis gewissermaßen zu suppliren, was dadurch geschieht, daß er sagt, der Gewohnheit, dem Statut, der praescriptio wohne die gleiche Kraft, wie dem pactum inne[40]). Daß das Familienfideicommiß eine letztwillige Verfügung, Testament oder Codicill, voraussetze, wird von Knipschildt anerkannt, allein geleugnet, daß diese Thatsache der Annahme eines Familienfideicommisses bei anderweitigen Entstehungsgründen entgegenstehe, indem jenes nur nach einem strengen Sprachgebrauch richtig sei (si quidem hoc proprie et stricte loquendo verum est), wogegen auf einem weiteren jenes Requisit nicht erfordert werde (generaliter vero loquendo ea etiam bona fideicommissaria dicuntur, de quibus per modum contractus convenit, ut aliis descendentibus et agnatis masculis restituantur)[41]).

Schließlich mag hier noch hervorgehoben werden, daß wenn Knipschildt auch sein Buch nur einer Darstellung des Vermögensrechts des Adels gewidmet hatte, er nichts desto weniger doch den Satz aufstellt, daß Familienfideicommisse auch von ignobiles[42]) und zu Gunsten von familiae privatorum sive plebeiorum errichtet werden könnten[43]).

Knipschildt's Buch war epochemachend. Auf dem von ihm eingenommenen Standpunkt steht die Mehrzahl der späteren Schriftsteller, so namentlich, um von der großen Zahl der im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert erschienenen Doctor-Dissertationen, welche einzelne Materien der Lehre vom Familienfideicommiß behandeln, ganz abzusehen, Harpprecht[44]), Sa-

[38]) C. VII n. 1. [39]) C. III n. 1. [40]) C. VI n. 74—84. [41]) C. VI n. 26. [42]) C. III n. 32 sqq. [43]) C. IV n. 23 sqq.

[44]) De fideicommisso conventionali (in dissert. acad. vol. II disp. 52).

muel Stryck[45]) und Kreittmayr[46]) und ebenso der von diesem verfaßte Codex Maximilianeus Bavaricus civilis[47]).

Die von Knipschildt herrührende Anknüpfung der deutschrechtlichen Familienfideicommisse im engsten Sinne, in der auch er sie, wie oben hervorgehoben, kennt, an die römischen Familienfideicommisse hat sich nicht nur bei seinen unmittelbaren Nachfolgern erhalten, sondern ist auch für das spätere gemeine Recht von bleibender Bedeutung gewesen. Eben aus diesem hat sich in der That die Form entwickelt, in welcher Dispositionen zu Gunsten einer ganzen Familie getroffen werden können.

In dieser Beziehung ist es bemerkenswerth, was Kreittmayr über den Ursprung der Familienfideicommisse sagt. Dieser ist nach ihm in dem Bestreben zu suchen, die Unveräußerlichkeit der bona avita dem römischen Recht gegenüber zu retten. Die Form hierfür hätte man in pacta und letztwilligen dispositiones bonorum conservativae gesucht, und diese seien von den Juristen, welches alles „schlechterdings über den römischen Rechtsleist zu schlagen gewohnt waren" als römische Fideicommisse betrachtet und bezeichnet, auch in iudicando so beurtheilt worden. Dadurch hätten sie den Grund gelegt „zu jener miscellanz, welche man zwischen dem alt-teutsch und römischen Recht bei gegenwärtiger Materie dato noch zu verspüren hat"[48]). Daß man nämlich bei der Form, in welcher das römische Familienfideicommiß allein angeordnet werden konnte, durchaus nicht stehen blieb, zeigt bereits das, was in Betreff der Knipschildt'schen Behandlung des Gegenstandes gesagt ist. Freilich kommen zu den hierfür maßgebenden Grundsätzen des deutschen und des römischen Rechts noch solche Principien, die lediglich der Theorie der Juristen ihre Entstehung verdankten, wenn diese sie auch irriger Weise aus dem römischen oder deutschen Recht abzuleiten suchten. Daß hinsichtlich der Entstehungsquelle der Familienfideicommisse die gleich anzuführende Schrift von Böhmer nicht geeignet war, einer anderen Ansicht Bahn zu brechen, soll bei der Besprechung derselben gezeigt werden. Nach dieser Richtung hin ist dieselbe für das neuere Gewohnheitsrecht ohne allen Einfluß gewesen.

In Betreff der Ausdehnung, welche Knipschildt dem Familienfideicommiß gegeben, machte sich jedoch ungefähr seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts eine beschränktere Auffassung geltend. Der Anstoß zu dieser Richtung ging aus von J. H. Böhmer, in dessen exercitationes ad pande-

[45]) De successione ab intestato diss. VII de successione ex fideicommisso familiae (ed. IV Francof. 1706).

[46]) Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem Thl. III (1763) S. 10.

[47]) Thl. III S. 10.

[48]) Anmerkungen III S. 10 § 1 und 2 N. 1.

ctas[49]) unter dem Titel: de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium die hergebrachte Lehre vom Familienfideicommiß einer Revision unterzogen wurde. Er stellt sich hierbei eine zwiefache Aufgabe. Zuerst will er nachweisen, daß die vertragsmäßigen Fideicommisse mit den Grundsätzen des römischen Rechts im Widerspruch stünden[50]). Hierfür führt er an, daß bei den Römern Fideicommisse lediglich negotia ultimae voluntatis gewesen. Für die Existenz vertragsmäßiger Fideicommisse dürfe man sich nicht berufen auf die Möglichkeit, sie in Gestalt einer donatio sub modo anzuordnen, namentlich sei ein derartiges Fideicommiß nicht in L. 3 C. De don. q. s. modo anzunehmen[51]). Man könne sich ferner nicht auf die fideicommissa tacita berufen, da derartige clandestine Verträge, als in fraudem legis geschlossen, keine Kraft gehabt. Umgekehrt gehe aus L 19 C. De pact. und anderen Stellen hervor, daß pacta de mutua successione bei den Römern ungültig gewesen[52]). Darauf geht Böhmer zu dem zweiten Theil seiner Aufgabe über, nämlich zu dem Beweis, daß der Ursprung der vertragsmäßigen Fideicommisse im einheimischen Recht liege[53]). Der Beweis hierfür, meint er, stütze sich auf folgende drei, von den Grundsätzen des römischen abweichenden Principien des germanischen Rechts, nämlich 1. licuisse hoc iure per pacta de futura successione disponere pactisque successionem reciprocam determinare; 2. de bonis immobilibus hereditariis, allodialibus licet, fas nemini esse, sine liberorum heredumque consensu disponere alienationemque facere; 3. filiorum tantum successionem esse exclusis filiabus, quibus de alimentis idoneis, vel dote, quam vocant, prospiciendum[54]). Das erste dieser Principien findet Böhmer in den alten deutschrechtlichen Vergabungen von Todes wegen. Für das zweite beruft er sich auf die lex Saxonum und den Sachsenspiegel. Rücksichtlich des dritten verweist er für die Quellen-Belege auf Gundling[55]) und das bei den Normannen geltende Recht, und findet daneben noch einen Beweis darin, daß bei Veräußerungsgeschäften wohl des Consenses der Söhne, nicht aber dessen der Töchter Erwähnung geschehe[56]). Um dieses einheimische Recht dem römischen Recht gegenüber zu erhalten, hätten die familiae illustres und nobiles fast überall pacta perpetua de successione filiarum, de conservandis bonis hereditariis, de usu testamentorum restringendo und über Anderes der Art errichtet, und der größeren

---

[49]) T. II (Hannov. et Gotting. 1747) exerc. 31.

[50]) L. c. c. 1 De fideicommissis conventionalibus iuri Romano adversantibus.

[51]) A. a. O. S. 411 ff. [52]) S. 424 ff.

[53]) L. c. c. 2 De fundamento pactorum ad fideicommissum inclinantium ex iure Germanico.

[54]) S. 428 f. [55]) De renunc. hered. filiar. illustr. [56]) S. 429—434.

Sicherheit halber die Töchter veranlaßt, eidliche Erbverzichte auszustellen[57]). Diese pacta aber seien nach einheimischem Recht (was solche — wie Böhmer zwar nicht ausdrücklich hier wiederholt, was sich aber aus dem oben angegebenen ersten Princip von selbst ergiebt — anerkannt hätte) zu beurtheilen[58]).

In dieser Auffassung Böhmer's muß man insofern allerdings gegen Knipschildt einen Fortschritt finden, als dadurch das Güterrecht des hohen Adels aus dem Familienfideicommiß ausgeschieden wurde, dagegen war es verkehrt, wenn er die eigentlichen Familienfideicommisse, wenn sie auf Vertrag beruhten, nach altdeutschem Recht beurtheilt wissen wollte. Es hängt dies mit der Voraussetzung zusammen, daß das germanische Recht Erbverträge gekannt habe. Diese Voraussetzung ist aber eben falsch, wie ja auch das dritte von ihm dem deutschen Recht vindicirte Princip, daß die Töchter von der Erbfolge vollständig ausgeschlossen gewesen, sehr der Beschränkung bedarf. Aber selbst wenn das deutsche Recht Erbverträge anerkannt hätte, so wäre damit die Gültigkeit der Verträge, wodurch die Veräußerung gewisser Güter für immer verboten und eine beständige Successionsordnung festgesetzt werden sollte, noch in keiner Weise gerechtfertigt. Das gilt in derselben Weise hinsichtlich der auf Vertrag beruhenden Hausgesetze der hochadeligen Familien, wie der vertragsmäßigen Familienfideicommisse. Hierfür hätte er die Begründung festhalten müssen, welche von seinen Vorgängern bereits gegeben war. Sowohl Knipschildt[59]), als Stryck[60]) und Harpprecht[61]) stützen sich auf die mores, auf ein neueres allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht. Böhmer[62]) kennt diese Begründung, aber sie erscheint ihm nicht als ausreichend, denn die mores hodierni und consuetudines Germaniae sind ihm ein zu unbestimmter und dunkler Begriff. Er bemüht sich daher moribus hodiernis praesidium aliunde exquirere, nämlich aus den Grundsätzen des älteren deutschen Rechts. Aber dieser sein Versuch ist mißrathen.

Wenn es Böhmer's Verdienst war, auf eine, von der des Familienfideicommisses abweichende, gesonderte Behandlung des Güterrechts des hohen Adels wenigstens aufmerksam gemacht zu haben[63]), so wurde in der Folgezeit das Stammgut vom Familienfideicommiß getrennt. Schon bei Kreittmayr

---

57) S. 435—437. 58) S. 437 f. 59) De fideic. fam. VI n. 44.

60) De succ. ab int. VIII c. 12 § 36. 61) De fideic. convent § 31 n. 14 sqq.

62) A. a. O. S. 426.

63) Mehr darf man nicht sagen, denn die Verschiedenheit dieses Güterrechts von den eigentlichen Familienfideicommissen kommt bei ihm gar nicht zum Ausdruck, da er sich lediglich an die Form der Disposition hält, und sie hiernach, je nachdem jene letztwillige Verfügung oder Vertrag ist, nach römischem oder altdeutschem Recht behandelt wissen will. Die angegebene Behandlung würde demgemäß auch nicht einmal überall den in den hochadeligen Familien üblichen Hausgesetzen zu Theil werden, nämlich dann nicht, wenn ein solches nicht auf einem Familienschluß, sondern einer Anordnung des Chefs des Hauses beruhte.

war der Unterschied zwischen den bona avita und den Familienfideicommissen, wie aus dem oben Mitgetheilten hervorgeht, zum Ausdruck gelangt. Allein da, wie er bemerkt, und gleichfalls bereits oben hervorgehoben wurde, die romanisirenden Juristen die Stammgüter nicht als solche, sondern nur insofern gelten ließen, als dieselben als Familienfideicommisse betrachtet werden konnten, so bezeichnet und behandelt er dieselben gleichfalls als solche, wie man dasselbe eigentlich auch von Knipschildt[64]) sagen muß. Kreittmayr bedient sich dabei desselben Mittels, wie Knipschildt, er setzt der Privatdisposition die Gewohnheit gleich. Daß aber dem Stammgut eine selbständige Bedeutung neben dem Familienfideicommiß und unabhängig von dieser Form zukomme, wurde zuerst von Pütter, Moser und Posse behauptet. Nur werden von diesen deshalb die Begriffe und ihre Grenzen nicht ganz klar dargelegt, weil sie von Fideicommissen der familiae illustres, der reichsständischen Familien reden, oder diese wenigstens nicht von den eigentlichen Familienfideicommissen unterscheiden, wie denn Pütter[65]) als Stiftungsarten eines Familienfideicommisses, Arten der familiae leges aufzählt testamenta, pacta, statuta familiae. Von diesen Schriftstellern geben Pütter[66]) und nach ihm Posse[67]) an, daß man, um die Unveräußerlichkeit der alten Stammgüter zu erhalten, solche noch durch Vertrag oder Testament bestärkt, und die Grundsätze des römischen Fideicommisses auf jene angewendet habe, doch sprechen sie bereits beide die Ansicht aus einmal, daß solche durch Vertrag oder Testament für unveräußerlich erklärte Güter noch keineswegs für wirkliche römische Fideicommisse zu halten, und dann daß ein Stammgut auch ohne ein solches ausdrückliches Veräußerungsverbot bestehen könne und nichts desto weniger unveräußerlich sei[68]). Ebenso unterscheidet Moser zwischen Familienfideicommiß und Stammgut. Er definirt das Familienfideicommiß, d. h. „ein teutsches (nicht nach dem römischen Recht abgemessenes) Fideicommiß" als „eine getroffene Anstalt in Ansehung gewisser Lande, Güter, Gefälle, Pretiosen u. s. zum Besten eines ganzen Hauses oder gewisser aus demselben abstammender oder auch dritter Personen"[69]), eine Begriffsbestimmung, die auch auf die eigentlichen Familienfideicommisse paßt[70]),

---

[64]) S. o. S. 28 f.

[65]) De iure feminarum adspirandi ad fideicommissa familiae (in sylloge commentationum ius privatum principum illustrantium — ed. Gotting. 1789 —) p. 31.

[66]) A. a. O. S. 13 f.

[67]) Ueber die Sonderung reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft (Götting. 1790) S. 41.

[68]) Pütter, primae lineae iuris privati principum (ed. Gotting. 1768) § 12. Posse a. a. O. S. 42.

[69]) Familien-Staats-Recht derer teutschen Reichsstände (Frankf. u. Leipz. 1775) C. 19 § 2. (Thl. II S. 1192).

[70]) Die Bezeichnung des Fideicommisses als „Verbot, Land und Leute zu ver-

wenn auch Moser nur vom Güterrecht des reichsständischen Adels spricht. Von diesem unterscheidet sich jedoch nach ihm das Stammgut nicht nur der Form, sondern auch seinem Wesen nach. Die „freyen Stammgüter" nämlich (die weder Lehn noch mit einem Fideicommiß belegt sind) hält er nicht für unveräußerlich[71]). Eine Ansicht, die hinsichtlich der Stammgüter, von denen Moser hier allein handelt, nämlich der in den reichsständischen Familien vorhandenen, wenigstens in solcher Allgemeinheit sicher unrichtig ist, da in diesen Familien die Observanz mit dem Hausgesetz die gleiche Kraft hat. Die von Moser für seine Ansicht beigebrachten Beispiele einiger reichsständischer Häuser beweisen weiter nichts, als daß in diesen zu der angegebenen Zeit eine derartige Observanz sich noch nicht gebildet hatte[72]).

Diese spätere Rechtsanschauung unterscheidet also zwischen Stammgütern und Familienfideicommissen, aber nicht zwischen wahren Familienfideicommissen und den Gütern der hochadeligen Familien. Und diese Auffassung hat sich bis in unsere Zeit erhalten. Man fordert daher durchweg zur Begründung eines Familienfideicommisses eine ausdrückliche Disposition[73]) und nur zwei von den neueren Juristen, nämlich Runde[74]) und Maurenbrecher[75]) haben die

---

äußern" (Moser, von der teutschen Reichsstände Landen — Frankf. und Leipz. 1769 — S. 227) kann natürlich nur auf hochadelige Güter gehen.

[71]) Von der teutschen Reichsstände Landen S. 220 ff. Dem entsprechend verneint auch Moser in seinem Familien-Staats-Recht C. 19 § 47 (Thl. II S. 1222) die Frage: „ob auch ohne ausdrückliche Bestimmung alle Stammgüter stillschweigende Fideicommisse, und die rechtliche Vermuthung seye, daß alle altväterliche Güter die fideicommissarische Eigenschaft haben."

[72]) Die gegen Böhmer beigebrachten Gründe (von der teutschen Reichsstände Landen S. 220 f.) sind gegen das von jenem für das ältere deutsche Recht aufgestellte zweite Grundprincip gerichtet (s. o. S. 31), welches gar nicht die Unveräußerlichkeit der modernen Stammgüter, sondern der altdeutschen bona hereditaria hinstellt.

[73]) So Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (5. Ausg. Götting. 1845) § 368 N. III. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (7. Ausg. Regensb. 1847) Bd. I § 158 Note 13. Beseler, Erbverträge II, 1 S. 83. Salza und Lichtenau, die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechts-Fideicommissen (Leipz. 1838) S. 14 S. 82. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts (2. Aufl. Berl. 1866) § 176 N. I. Hillebrand, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts (2. Aufl. Zürich 1864) § 70. Gerber, System des deutschen Privatrechts (9. Aufl. Jena 1867) § 84. Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts (Erlang. 1854 und 1862) Bd. I § 58. Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts (Bonn 1855) § 470 N. IV.

[74]) Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (8. Ausg. Götting. 1829) § 693 f.

[75]) Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts (2. Ausg. Bonn 1840 und 1855) Bd. I § 217 Note 13.

Entstehung eines Familienfideicommisses durch Observanz noch vertheidigt, und verwechseln demgemäß das Familienfideicommiß mit dem Stammgut. Aber die meisten neueren Juristen verlangen nicht, daß jene Disposition die einer Privatperson sein müsse[76]), und doch muß man dieses Requisit aufstellen und damit das Familienfideicommiß von den autonomischen Bestimmungen der hochadeligen Familien, wie dies meines Wissens zuerst Beseler[77]) und nach ihm Hillebrand[78]) gethan, scheiden, da zwischen beiden Instituten sehr wesentliche Verschiedenheiten bestehen. Daß jene autonomischen Bestimmungen sehr häufig in den Hausgesetzen selbst und in neueren Particularrechten als Familienfideicommiß bezeichnet werden, kann hierbei natürlich durchaus nicht in Betracht kommen. Demgemäß müssen wir das Familienfideicommiß auffassen als ein Institut, welches darauf beruht, daß gewisse Güter durch eine Privatdisposition für unveräußerlich erklärt werden, um in einer Familie, zur Erhaltung des Ansehens derselben, bis zu deren Aussterben von Generation zu Generation vererbt zu werden.

---

76) S. z. B. Eichhorn, Einleitung a. a. O. im Anf.: „Ein wahres Fideicommiß entsteht nur durch eine Disposition, daß die Güter, welche der Descendenz des Verfügenden oder einer anderen Person von jenem hinterlassen werden, nicht veräußert, sondern zur Erhaltung des Ansehens bis zu dessen Abgang in demselben vererbt werden sollen." Gerber a. a. O. im Anf.: „Die Bestimmung, daß ein Gut unveräußerlich auf alle Geschlechtsfolger des Constituenten oder eines Dritten bis zum Ausgang des Stammes und Namens zur Erhaltung des Familienglanzes übergehen solle, begründet ein Familienfideicommiß."

77) System a. a. O. im Anf. und N. IX.

78) Lehrbuch a. a. O.

Zweites Capitel.

Errichtung des Familienfideicommisses.

I. Voraussetzungen.

§ 3.

Fähigkeit, ein Familienfideicommiß zu errichten.

Der Wille des Stifters ist die Basis des Familienfideicommisses[1]). Deshalb müssen wir bei der Errichtung eines Fideicommisses zunächst die Fähigkeit des Stifters betrachten. Eine solche Errichtung enthält nun die Verfügung über Vermögensobjecte, oder auch über ein ganzes Vermögen oder einen Theil desselben. Daher muß der Stifter handlungsfähig sein und über sein Vermögen Verfügungsbefugniß haben. Diese Requisite werden auch von den älteren und neueren Juristen übereinstimmend aufgestellt[2]) und particularrechtlich durch das Bayerische Landrecht[3]), das bayerische Edict über die Familienfideicommisse[4]) und das großherzoglich hessische Gesetz vom 13. September 1858 (§ 1) vorausgesetzt.

---

[1]) So bemerkt Knipschildt, de fideicommissis familiarum III n. 1: Causa efficiens fideicommissorum nobilium familiarum conservandarum causa constitutorum est ipsa fideicommittentis s. instituentis voluntas.

[2]) Molina, de Hispanorum primogeniorum origine ac natura (ed. II Colon. 1601) II c. 11 n. 1 u. 2. Knipschildt l. c. III n. 8 sq. n. 52. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 5. Stryck, de successione ab int. VII c. 1 § 22. Dalwigk, Erbrecht III (Wiesbaden 1822) S. 37. Pfeiffer, vermischte Aufsätze (Marb. 1803) S. 4. Salza, Familienfideicommisse S. 82.

[3]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 5: „1mo. Wer paciscиren kan, der kan auch fideicommissum conventionale machen, und wer 2do. ein Testament oder Codicill machen kan, der mag per Actum ultimae Voluntatis gleichfalls fideicommittiren."

[4]) Bayer. Ed. v. 26. Mai 1818 § 18: „Von Seite des Constituenten wird zu dieser Erklärung bey einer Handlung unter den Lebenden das freye Dispositions-Recht über sein Vermögen, und bey einer letztwilligen Verfügung die Fähigkeit zu testiren erfordert."

Durch das erste Requisit werden unbedingt ausgeschlossen infantes, Geisteskranke, gerichtlich erklärte Verschwender[5]). Minderjährige, und zwar ohne Unterschied zwischen impuberes infantia maiores und puberes, können durch ein Geschäft unter Lebenden mit Consens ihres Vormundes und hinzutretendes obrigkeitliches Alimentationsdecret ein Familienfideicommiß errichten. Letzteres ist nothwendig, da hier immer eine Veräußerung vorliegt. Practisch ist unter diesen Verhältnissen wohl nur der Fall, daß von mehreren minorennen Geschwistern das von ihren Eltern hinterlassene oder ihnen sonst zugefallene Vermögen oder ein einzelnes Gut aus demselben zu Gunsten Eines von ihnen oder aller zum Fideicommiß bestimmt wird, und zwar entweder auf Veranlassung der verstorbenen Eltern oder des Erblassers, oder auch des Landesherrn, der vielleicht dadurch das Andenken an die Verdienste des Vaters oder eines sonstigen Ascendenten der Geschwister geehrt wissen wollte, wie Letzteres in einer Fideicommißstiftung, deren Urkunde mir vorliegt, der Fall war. Sonst würde wohl schwerlich der vormundschaftliche Consens und die obervormundschaftliche Bestätigung ertheilt werden. Heutzutage werden gewöhnlich in solchem Fall die Vormünder selbst das Geschäft vornehmen, anstatt dazu ihren Consens zu geben. Durch letztwillige Verfügungen, Testament, wie Erbvertrag[6]), kann aber von Minderjährigen nur der pubes (nicht aber der impubes) ein Familienfideicommiß errichten, und zwar durch Testament ohne Consens des Vormundes[7]), dagegen durch einen Erbvertrag nur mit solchem[8]), ohne daß jedoch ein obrigkeitliches Decret erfordert wäre, da es an der Veräußerung fehlt[9]). Frauen können natürlich gleichfalls ein Familienfideicommiß errichten, sowohl durch letztwillige Verfügungen, als durch Geschäfte unter Lebenden nur mit dem Unterschied, daß bei den letzteren, welchen in dieser Hinsicht auch die Erbverträge gleichzustellen sind[10]), in den Ländern, wo die Geschlechtsvormundschaft

---

[5]) Diese letzteren Personen können jedoch nach preußischem und österreichischem Recht durch Testament ein Familienfideicommiß errichten, wodurch ihren Intestaterben nicht mehr als die Hälfte ihres Vermögens, oder einzelnen derselben nicht mehr als die Hälfte des ihnen gebührenden Intestaterbtheils entzogen wird: §§ 27. 28 A. L. R. I, 12. A. B. G. B. § 568.

[6]) Diese erfordern ebenfalls testamentifactio: Beseler, Erbverträge II, 1 S. 254. Derselbe, System § 159 B. N. I.

[7]) Particularrechtlich allerdings unter den Einschränkungen, denen die Minderjährigen in dieser Beziehung unterworfen sind, also nach preußischem und österreichischem Recht ein noch nicht Achtzehnjähriger nur zu gerichtlichem Protocoll: § 17 A. L. R. I, 12. A. B. G. B. § 569.

[8]) Das Sächsische Gesetzb. von 1863 § 2545 gestattet indeß einem Bevormundeten einen solchen gar nicht.

[9]) Beseler, System § 159 B. N. I.

[10]) So auch Boehmer, exerc. ad pand. II p. 441. Eichhorn, Einleitung § 326. Gerber, System § 246. A. M. Beseler, System § 147 Note

noch besteht, wenigstens, wenn es sich um Grundstücke oder das ganze Vermögen der Frau handelt[11]), der Vormund zuzuziehen ist. Die Ehefrau bedarf zur Errichtung eines Familienfideicommisses der Zustimmung ihres Mannes in Folge ihrer beschränkten Handlungsfähigkeit da, wo noch Geschlechtsvormundschaft überhaupt besteht, oder nach Aufhebung derselben die Vormundschaft des Ehemannes über seine Frau beibehalten ist, also lediglich nach Particularrecht; hiervon abgesehen ist das Erforderniß derselben durch die mangelnde Verfügungsbefugniß der Frau über ihr Vermögen bedingt und hat also ihren Grund in dem für jene zur Anwendung kommenden ehelichen Güterrecht, wovon gleich weiter die Rede sein wird.

Die Bedeutung des oben aufgestellten zweiten Requisits für die Fähigkeit, ein Familienfideicommiß zu errichten, ist an sich klar. Es bedürfen nur zwei Punkte einer genaueren Erörterung, nämlich inwiefern ist den Hauskindern und den Ehefrauen die gedachte Befugniß entzogen? Die ersteren werden in Betreff der bona castrensia und quasi castrensia als selbständig betrachtet. Jedoch diese Güter sind, wo sie bei einem Hauskinde überhaupt vorkommen, regelmäßig nicht von der Bedeutung, daß man damit ein Fideicommiß stiften könnte. Ganz undenkbar wäre es allerdings nicht. Z. B. der Landesherr schenkt einem Haussohn für einen ihm geleisteten außerordentlichen Dienst ein oder mehrere Güter, vielleicht gerade mit der Bestimmung, daß zur Erhaltung des Andenkens an jenen Dienst davon ein Familienfideicommiß gestiftet werde. Oder es wird einem solchen von einem gestorbenen Cameraden ein bedeutendes Vermächtniß zu Theil, auch etwa mit der Auflage, ein Fideicommiß zu errichten. Dagegen dürfen Hauskinder über bona adventitia, einschließlich der irregularia, kein Testament errichten[12]), und somit auch solche nicht testamentarisch zu einem Fideicommiß bestimmen. Wohl aber

---

12; er stellt sie den Testamenten gleich. Indeß kann ich seiner Meinung nicht beitreten, denn wenn er sie durch die Hinweisung auf die rechtliche Natur und den Zweck beider Geschäfte zu rechtfertigen denkt, indem er bemerkt, sie seien negotia mortis caussa, durch welche ein Erbrecht deferirt wird, so ist dieses Letztere allerdings richtig; doch ist der Erbvertrag eben ein solches Geschäft, bei dem nicht nur die Grundsätze letztwilliger Verfügungen, sondern auch die Vertragslehre zur Anwendung kommt, wie das Beseler selbst ausgeführt hat: Erbverträge II, 1 S. 252 ff. System § 159 B. Es läßt sich auch nicht absehen, weshalb Beseler bei den Frauen rücksichtlich des Erfordernisses des vormundschaftlichen Consenses den Erbvertrag dem Testament gleichstellt, bei den Minderjährigen dagegen den Verträgen.

[11]) Bekanntlich weichen Gesetzgebungen, wie Juristen rücksichtlich der Beantwortung der Frage, zu welchen außergerichtlichen Geschäften die Zuziehung des Geschlechtsvormundes erforderlich, sehr von einander ab; vgl. Kraut, die Vormundschaft II (Göttingen 1847) S. 296 ff.

[12]) pr. I. Quib. non est perm. (2, 12). L. pen. C. Qui test. fac. poss. (6, 22). L. fin. § 5 C. De bon. quae lib. (6, 61).

können dieselben durch ein negotium inter vivos ein solches aus den adventitia irregularia unbedingt und selbständig errichten[13]), aus den gewöhnlichen adventitia mit Consens des Vaters[14]), wogegen die Begründung durch einen Erbvertrag unter derselben Bedingung mit Rücksicht darauf nicht für zulässig gehalten werden dürfte, daß bei diesem Institut die Regeln der Testamentslehre, wie schon oben erwähnt, mit denen der Verträge zu verbinden sind[15]). Der Ehefrau ist wegen mangelnder Verfügungsbefugniß über das Vermögen das Recht, ein Familienfideicommiß allein und selbständig durch ein Geschäft unter Lebenden zu errichten, überall da entzogen, wo sie nach dem bestehenden Güterrecht nicht die Verwaltung ihres Vermögens hat, welche ihr bei der Gütervereinigung niemals[16]), und bei dem getrennten Güterrecht alsdann nicht zusteht, wenn, was die Regel ist, ususfructus maritalis besteht[17]). Hier ist ihr jenes Recht nur bei den Einhandsgütern und ihrem vorbehaltenen Vermögen gestattet. Sonst bedarf sie dazu den Consens des Mannes, der auch nach dem, was ich oben bemerkte, für die Errichtung durch Erbvertrag erforderlich sein wird. Dagegen kann dieselbe in jedem Fall ein Familienfideicommiß durch Testament auch ohne Consens errichten. Unbedingt unfähig, ein Familienfideicommiß selbständig zu errichten, ist dieselbe nur, wenn sie mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft lebt, indem alsdann ein solches nur durch eine gemeinsame Disposition beider Ehegatten begründet werden kann, eine Beschränkung, die bei diesem Güterrecht aber auch den Mann trifft. Particularrechtlich sind hiervon Ausnahmen zulässig, und zwar in dem Maße, als das Particularrecht jedem der Ehegatten allein Verfügungen über Quoten des Vermögens oder einzelne Vermögensobjecte gestattet[18]).

Hierbei soll noch darauf hingewiesen werden, daß die älteren Juristen überhaupt die Frage im Allgemeinen discutiren, oben Frauen ein Familien-

---

[13]) Arg. Nov. 117 c. 1.

[14]) Arg. L. fin. § 5 C. De bon. quae lib. (6, 61).

[15]) A. M. Beseler, Erbverträge II, 1 S. 255 f.

[16]) Vgl. Beseler, System § 139. Ich glaube diese Bezeichnung für die Form des ehelichen Güterrechts, wonach während der Ehe kein gezweiet Gut bestand, das Vermögen beider Ehegatten nur eine Masse bildete, nach dem Tode eines derselben aber sich in seine ursprünglichen Bestandtheile wieder auflöste, durchaus festhalten zu müssen, obgleich in neuerer Zeit hierfür der Ausdruck Gütereinheit fast allgemein gebraucht wird; vgl. Beseler (a. a. O. namentlich Note 4), der ihn ebenfalls angenommen, obwohl er Gütervereinigung für richtiger hält. Denn der Ausdruck Gütereinheit bezeichnet eben gar nicht das Verhältniß, für das er hier zur Anwendung kommt, und giebt uns somit eine falsche Vorstellung von demselben. Einheit ist nur bei der Gütergemeinschaft vorhanden, aber nicht bei einem nur temporairen Zusammenbringen zweier Vermögen.

[17]) Beseler, System § 138 N. I.

[18]) Vgl. Beseler, System § 140 N. IV u. V.

fideicommiß errichten könnten, und zwar deshalb, weil in Zweifel gezogen wurde, ob solche auf die Erhaltung der Agnation und der Familie Bedacht nehmen würden [19]). Es bedarf kaum der Bemerkung, daß ihnen diese Fähigkeit keineswegs abgesprochen werden darf [20]), und wir haben nicht erst nöthig, allgemeine Gegengründe anzuführen, wie solche frühere Juristen beibringen, z. B. daß die Mütter nicht weniger, als die Väter die Söhne mehr, als die Töchter zu lieben pflegten [21]), oder daß man sonst „die ihrer Natur so sehr gemäße Neigung gegen das männliche Geschlecht ableugnen" müßte [22]). Denn der gegen die Fähigkeit der Frauen, Familienfideicommisse zu errichten, beigebrachte Grund ist eben gar keiner. Ob die Frauen im Allgemeinen keinen Sinn für die Erhaltung der Familie haben, darauf kommt es nicht an, daß aber im concreten Fall die Frau, welche für ihre eigene Descendenten oder eine andere Familie ein Fideicommiß stiftet, eben Sinn für die Erhaltung der Familie besitzt, hat sie selbst durch die That genugsam bewiesen.

Es ist bisher immer vorausgesetzt, daß, da das Familienfideicommiß unbedingt Anspruch auf den Charakter eines gemeinrechtlichen Instituts hat, ein Jeder, ohne Unterschied des Standes, die Befugniß habe, Familienfideicommisse zu errichten. Allein, unbestritten ist dies nicht, indem einige Juristen diese Befugniß auf den Adel beschränken. So Molina [23]), welcher den viri ignobiles das Recht abspricht, Majorate zu gründen, Richter [24]), Dalwigk [25]) und Maurenbrecher [26]), welche die Befugniß, deutschrechtliche Familienfideicommisse zu gründen, für bürgerliche Familien gänzlich leugnen und diese lediglich auf die römischen Familienfideicommisse beschränken. Als Grund dafür, daß bürgerlichen Familien das gedachte Recht nicht zukomme, wird, wenn man sich nicht, wie Molina, lediglich auf die Bemerkung beschränkt [27]), daß dies dem Staatsinteresse nicht gemäß sei, angegeben, daß denselben die Veranlassung dazu, nämlich das Streben nach Bewahrung des Glanzes der

---

[19]) S. die älteren Juristen bei **Knipschildt** III n. 46—49.

[20]) Pözl, bayerisches Verfassungs-Recht § 44 (1847) hebt dies ausdrücklich hervor.

[21]) **Knipschildt** l. c. III n. 47.

[22]) Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 3.

[23]) L. c. I c. 18 n. 8. Knipschildt, welcher das Recht zur Gründung von Familienfideicommissen als ein allgemein zuständiges bezeichnet (III n. 32. 33), referirt (n. 34) in Betreff der Primogenituren lediglich die Ansicht des Molina.

[24]) De fid. fam. p. 32 sq. [25]) Erbrecht III S. 155 f. [26]) Lehrbuch I § 217.

[27]) Dieselbe Ansicht findet sich in der späteren Zeit vertreten bei Suarez (Vorträge zur Schlußrevision des Preuß. Landr. — s. Kamptz'sche Jahrb. Bd. XLI S. 169 f. —), welcher bemerkt, „daß die Stiftung neuer Familienfideicommisse nur in dem einzigen Falle vortheilhaft für den Staat sein könne, wenn es darauf ankommt, adliche Familien, welche den Heeren des Staats die Anführer liefern müssen, und die nach der einmal bestehenden Verfassung an vielen anderen Orten an Gewerben und Industrie keinen Theil nehmen können, dadurch zu conserviren."

Familie fehle[28]), oder daß die Opposition gegen die Beseitigung deutschrechtlicher Institute durch Aufnahme des römischen Rechts eben nur vom Adel ausgegangen[29]), oder dieser allein zur Autonomie, welche die Voraussetzung der Fähigkeit zur Fideicommißerrichtung, berechtigt sei[30]). Ersteres ist ein rein thatsächliches Moment, was nur im concreten Fall zur Sprache gebracht werden könnte, und zwar eben sowohl wenn wir den Glanz der Familie in's Auge fassen, indem eine bürgerliche Familie in eben dem Maße sich eines hohen Ansehens erfreuen, als es umgekehrt einer adeligen vollständig fehlen kann, als auch wenn wir das Streben nach Erhaltung dieses Glanzes berücksichtigen; denn wenn auch gewöhnlich gesagt wird, daß der erhöhte Familiensinn ein charakteristisches Merkmal des Adels sei, so ist doch daraus nicht zugleich zu folgern, daß diese Eigenschaft Nichtadeligen stets abgehe, und in der Errichtung eines Familienfideicommisses selbst liegt gerade der Beweis des Gegentheils, wobei noch in Betracht zu ziehen, daß die Errichtung eines Fideicommisses nicht nur für die eigene Familie des Stifters, sondern auch für eine fremde erfolgen kann. Wir gelangen auch zu keinem anderen Resultat, wenn wir, nach Gerber's Vorgang, das Wesen des Familienfideicommisses nicht in einer zur Erhaltung des Glanzes der Familie gestifteten Anstalt suchen, sondern in einem Mittel, um die Familienindividualität zu bewahren. Was aber jenen zweiten Umstand betrifft, so ist es richtig, daß der Adel hauptsächlich altgermanische Institute bei dem Eindringen des römischen Rechts zu bewahren suchte und auch zu bewahren gewußt hat, daß auch das in Rede stehende Rechtsinstitut durch das Bestreben des niederen Adels in's Leben getreten ist, seinen Wohlstand vor der Gefahr, der demselben durch die römischrechtliche Regel vollständig freier Alienabilität der Immobilien drohte, zu sichern; dennoch könnte das Institut nur dann als diesem Stande, für den es zunächst entstanden, ausschließlich angehörig betrachtet werden, wenn es dem niederen Adel gelungen wäre, einen Kreis eigener Rechtsnormen, ein eigenes Standesrecht für sich auszubilden. Da dies aber bekanntlich nicht der Fall gewesen, man also auch nicht, was gegen den dritten Grund gesagt sein soll, von Autonomie des niederen Adels sprechen kann, so ist auch jenes Institut dem gemeinen Landrecht gewonnen und somit allen Ständen zugänglich geworden. Ein gesetzliches Verbot für Nichtadelige, Familienfideicommisse zu errichten, besteht weder gemeinrechtlich, da es ja Reichsgesetze über unser Institut überhaupt nicht giebt, noch auch particularrechtlich[31]). Einzelne Gesetze haben

[28]) So Richter a. a. O. Auch Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 5, welcher indeß den Nichtadeligen die in Rede stehende Befugniß einräumt, hebt diesen Mangel hervor und begründet dadurch das seltene Vorkommen nichtadeliger Fideicommißstiftungen.

[29]) Dalwigk a. a. O. [30]) Maurenbrecher a. a. O.

[31]) Daß in Spanien die Befugniß, Majorate zu errichten, Nichtadeligen durch Gesetz entzogen gewesen, sagt auch nicht Molina.

es umgekehrt der entgegengesetzten Meinung gegenüber für nöthig gehalten, die Fähigkeit, ein Familienfideicommiß zu errichten, ausdrücklich als eine unter den allgemeinen Voraussetzungen Jedem zukommende Befugniß hinzustellen. So das Bayerische Landrecht, in welchem es Th. III C. 10 § 5 heißt: 3tio. Seynd weder Weibs-Personen noch Unadeliche davon (scil. von der Errichtung eines Familienfideicommisses) ausgeschlossen"; und das Preußische Landrecht, welches im § 47 Th. II Tit. 4 bestimmt: „Jedem Einwohner des Staats ist erlaubt, in seinem Vermögen nach eignem Gutbefinden Fideicommiß-Substitutionen, nach näherer Bestimmung des Titels von letztwilligen Verordnungen, auch zum Besten einer gewissen Familie zu errichten." Die neueren Juristen haben in gleicher Weise durchweg jenes auch als das gemeinrechtliche Princip aufgestellt[32]). Rücksichtlich der particularrechtlichen Beschränkungen verwechseln einige die Unfähigkeit, ein Familienfideicommiß zu errichten, mit der, ein solches zu erwerben, indem sie auch jene für Nichtadelige durch Particularrechte angeordnet finden, so Eichhorn, Hillebrand und Gerber, wenn es bei ihnen nicht ein lapsus calami ist. Mir ist nicht ein einziges bekannt, welches eine derartige Anordnung trifft; das durchweg als Beleg dafür citirte Bayerische Edict über die Familienfideicommisse thut es sicher nicht, läßt auch gar kein Mißverständniß zu, da es (§ 1) bestimmt, daß Familienfideicommisse „nur zum Vortheil adelicher Personen und Familien errichtet werden" können[33]). Natürlich müßte alsdann der Stifter für eine fremde Familie ein Fideicommiß errichten. Das Preußische Landrecht[34]) bestimmte allerdings: „Nur der Adel kann Familienfideicommisse aus adlichen Gütern errichten"; allein der Grund dieser Bestimmung liegt nicht in der Natur der Fideicommisse, sondern der adlichen Güter. Da nur der Adel zum Besitz solcher Güter berechtigt war[35]), so konnte er auch nur allein Dispositionen über dieselben treffen. Uebrigens gilt die Bestimmung heutzutage nicht mehr, sondern ist durch das Edict vom 9. Oktober 1807 beseitigt[36]).

[32]) Salza, Familienfideicommisse S. 17 Note 2. S. 82. Beseler, Erbverträge II, 2 S. 90. Eichhorn, Einleitung § 368 N. II. Hillebrand, Lehrbuch § 70. Gerber, System § 84 am Anf. Derselbe in seinen Jahrbüchern I S. 93 f. Walter, System § 470 N. I dissentirt, giebt aber auch dem niederen Adel nach gemeinem Recht nicht die Befugniß, Familienfideicommisse zu errichten, da er überhaupt die gemeinrechtliche Geltung des Instituts in seiner eigentlichen Bedeutung leugnet.

[33]) Das erkennt auch Pözl, bayerisches Staats-Verfassungs-Recht § 44 S. 85 ausdrücklich an.

[34]) § 40 A. L. R. II, 9. [35]) § 37 A. L. R. II, 9.

[36]) Edict vom 9. Oct. 1807 § 1: „Jeder Einwohner Unsrer Staaten ist, ohne alle Einschränkung in Beziehung auf den Staat, zum eigenthümlichen und Pfandbesitz unbeweglicher Grundstücke aller Art berechtigt; der Edelmann also zum Besitz nicht blos adelicher, sondern auch unadelicher, bürgerlicher und bäuerlicher Güter aller Art, und der Bürger und Bauer zum Besitz nicht blos bürgerlicher, bäuerlicher und anderer unadelicher, sondern auch adelicher Grundstücke."

§ 4.
Fähigkeit, mit einem Familienfideicommiß bedacht zu werden.

Berufen zu einem Familienfideicommiß wird eine Familie, oder vielmehr, da diese nicht als juristische Person in Betracht kommt, sämmtliche oder bestimmte zu einer solchen gehörige Mitglieder. Diese Familie braucht eben so wenig, als der testamentarische Erbe Blutsverwandter des Testators sein muß, die eigene Descendenz oder Familie des Stifters zu sein. Das war den älteren Juristen außer Zweifel[1]) und auch das Bayerische Landrecht[2]) hat ausdrücklich anerkannt, daß es dem „Fideicommittenti" freistehe, „ob er seinem eigenen oder einem anderen fremden Geschlecht, und zwar insgesammt oder nur gewissen Personen oder Linien eines Geschlechts zu Guten disponiren wolle." Nur wurde als Interpretationsregel der Satz aufgestellt, daß, wenn der Stifter schlechtweg „die Familie", ohne dieselbe näher zu bezeichnen, berufen hätte, zu präsumiren sei, er habe seiner eigenen Familie das Fideicommiß zuwenden wollen[3]), was auch heutzutage unbedenklich zur Anwendung zu bringen ist. Zu Gunsten welcher Mitglieder der bedachten Familie das Fideicommiß bestehe, darüber entscheidet zunächst die Stiftungsurkunde, in Ermangelung derartiger Bestimmungen aber kommen allgemeine dem Wesen und der Bedeutung des Familienfideicommisses entnommene Grundsätze zur Anwendung, wodurch gewisse Personen im Zweifel als ausgeschlossen gelten. Hierauf wird unten in der Lehre von der Succession in Familienfideicommissen näher eingegangen werden. An dieser Stelle kann nur untersucht werden, ob das Fideicommiß zu Gunsten einer jeden Familie oder besser der Nachkommenschaft eines jeden Menschen errichtet werden darf.

In dieser Hinsicht bemerkt nun Knipschildt[4]), daß Familienfideicommisse zu Gunsten von Frauen, Mönchen, infames, unehelich Geborenen und überhaupt von solchen, die in ein Fideicommiß nicht zu succediren vermöchten, nicht errichtet werden könnten. Das Gleiche bestimmt das Bayerische Land-

---

1) Knipschildt, de fideicommissis familiarum IV n. 21. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 6.

2) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 6 N. 2.

3) Grassus, receptae sententiae (Francof. 1609) § fideicommissum qu. 16 n. 1. Peregrinus, de fideicommissis art. 22 n. 20. art. 32 n. 32 sq. Knipschildt l. c. IV n. 22. Kreittmayr a. a. O. Dasselbe bestimmt der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 6, wo es nach den im Text angeführten Worten heißt: „macht er aber 3tio. ein Fideicommissum Familiae nur überhaupt, ohne zu melden, was für einer Familie zum Besten, so ist in Zweifel seine eigne hierunter verstanden."

4) L. c. 4, IV n. 25.

recht [5]), dem sich auch Kreittmayr [6]) anschließt, in Betreff einer Person, welche passive intestabilis ist [7]). Doch sind die Personen, welche nach dem Bayerischen Landrecht als passive intestabiles gelten [8]), soweit sie überhaupt bei einem Familienfideicommiß in Frage kommen können, bereits unter den von Knipschildt aufgezählten begriffen. Von diesen aber können diejenigen noch nicht unbedingt als unfähig angesehen werden, mit einem Familienfideicommiß bedacht zu werden, welche in Ermangelung einer besonderen dahin zielenden Anordnung des Stifters bei einem bereits bestehenden Fideicommiß nicht zur Succession gelangen. Das wird namentlich in Betreff der Adoptivkinder des Stifters gelten. Solche freilich, welche Knipschildt [9]) wegen Verbrechen als successionsunfähig bezeichnet, dürften heutzutage insofern nicht mit einem Fideicommiß bedacht werden, als das Verbrechen die Ehrlosigkeit zur Folge hat, die Person also, welche ein solches begangen, zu den infames, welche Knipschildt in der oben angeführten Stelle speciell anführt, gehört. Ehrlose Personen sind nämlich unbedingt vom Erwerb eines Familienfideicommisses ausgeschlossen, mag eine solche zuerst zum Fideicommiß berufen oder durch ihre Abstammung vom ersten Erwerber zur Succession berechtigt sein. Denn wenn auch die Ehrlosigkeit auf die private Rechtsfähigkeit keinen Einfluß hat, so steht dieselbe doch geradezu im Widerspruch mit dem Zweck eines Familienfideicommisses. Verliert daher eine zu einem Fideicommiß zuerst berufene Person nachträglich ihre bürgerliche Ehre, so wird man regelmäßig zwar die Fideicommißstiftung nicht geradezu für ungültig halten können, das Fideicommiß darf aber in jener Person nicht seinen Anfang nehmen, sondern erst in den Nachkommen derselben, oder den ihr gesetzten Substituten. Möglicherweise kann freilich auch dadurch das Fideicommiß geradezu vernichtet werden, nämlich in dem Fall, daß durch die Stiftungsurkunde oder auch das Particularrecht als Requisit des Erwerbs eines Familienfideicommisses der Adel hingestellt ist, dieser aber nach den Landesgesetzen durch den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte aufgehoben wird.

Auch dadurch, daß der zum Fideicommiß Berufene professio religiosa thut oder (katholischer) Geistlicher wird, kann die Existenz des Fideicommisses gefährdet werden, wenn nämlich der in diesem Falle befindlichen Person keine

---

5) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 6: „1mo. Kan jedem, der nicht passive intestabilis ist, sowol durch Geding als letzten Willen ein Fideicommiss zugehen."

6) Anmerkungen III C. 10 § 6.

7) Ebenso, nur allgemeiner drückt sich Molina aus de Hispan. primog. II c. 11 n. 1, wo er sagt: omnis ille, qui ex testamento vel contractu capere non potest, similiter erit incapax maioratus successionis sive ex contractu sive ex testamento.

8) Vgl. Cod. Max. Bav. civ. III C. 3 § 12 f. und C. 1 § 3 N. 4.

9) L. c. VIII n. 447 sqq.

andere substituirt ist, da hier von einer durch dieselbe zu begründenden Familie keine Rede sein kann. Ob aber, wenn durch eine Substitution in solchem Falle das Fideicommiß gesichert ist, der Geistliche vor dem Substituten zum Genuß desselben gelangt, wird unten in der Lehre von der Succession in ein Fideicommiß untersucht werden.

Uneheliche Kinder des Stifters selbst oder überhaupt unehelich Geborene[10]) kann man nicht um deswillen für unfähig halten, mit einem Fideicommiß bedacht zu werden, weil solchen nach der m. E. richtigen Ansicht[11]) durch ein Testament ihres Erzeugers, vorausgesetzt, daß eheliche Kinder desselben vorhanden sind, nur ein geringer Theil der Erbschaft zugewendet werden kann. Denn einmal würde dieser Umstand nur bei unehelichen Kindern des Stifters selbst in Betracht kommen, und dann würde auch dieser letztere dadurch nie verhindert werden, ein Gut, dessen Werth die Quote der Erbschaft, über die zu Gunsten unehelicher Kinder verfügt werden kann, nicht übersteige, für ein solches und dessen Descendenten zu bestimmen. Im Allgemeinen wird sich daher die Ungültigkeit einer derartigen Fideicommißstiftung vom Standpunkt des gemeinen Rechts nicht behaupten lassen, und auch nach Particularrecht nur in dem Fall, wenn durch dasselbe der Adel für ein Erforderniß des Erwerbs eines Familienfideicommisses erklärt, und zugleich auf die unehelichen Kinder einer adeligen Mutter nicht der adelige Stand der letzteren übergeht, wie beides nach neuerem bayerischen Recht der Fall ist[12]).

Knipschild läßt ferner, wie wir sahen, Familienfideicommisse nicht zu Gunsten von Frauen begründet werden. Soll dies nun so viel heißen, daß die zum Erwerb eines bestimmten Fideicommisses überhaupt Berechtigten nicht durchweg Frauen sein dürften, so ist das sicher richtig. Sind nämlich im Interesse der weiblichen Mitglieder einer Familie bestimmte Vermögensobjecte für unveräußerlich erklärt, damit den Frauen der Genuß derselben erhalten bliebe, so ist das eine Familienstiftung, aber kein Familienfideicommiß, da es sich hier um eine Versorgung gewisser Personen, nicht aber um die Erhaltung des Ansehens der Familie handeln kann. Dabei begründet es natürlich keinen Unterschied, ob eine derartige Anordnung ein Fideicommiß genannt ist[13]), oder

---

[10]) Diese letzteren hielt bereits Molina (L. c. II c. 11 n. 33) für fähig, ein Fideicommiß zu erwerben.

[11]) Puchta, Pandekten § 471.

[12]) Bayerisches Edict über die Familienfideicommisse § 1 (s. u. Note 20) und bayer. Edict über den Adel vom 26. Mai 1818 § 1, denn wenn letzterer § bestimmt: „Der Adel wird durch eheliche Abstammung von einem adelichen Vater ererbt oder durch Königliche Verleihung erworben"; so schließt er damit den Erwerb durch uneheliche Abstammung von einer adeligen Mutter aus.

[13]) Wenn es daher bei Moser, Fam.-Staats-Recht C. 17 § 40 (Th. II S. 825) heißt: „Graf August zur Lippe machte An. 1696 in seinem Testament ein Fideicommiß zum Besten der Lippischen Gräfinnen, vermöge dessen dieselben von

nicht. Dagegen geht aus der Natur der Familienfideicommisse eben so wenig hervor, daß die zuerst zum Besitz des Fideicommisses berufene Person keine Frau sein dürfe, als daß Frauen unbedingt von der Succession ausgeschlossen seien. Nur kann man freilich in dem Fall, daß ein Familienfideicommiß zu Gunsten einer bestimmten Frau und ihrer Descendenten gestiftet, eigentlich nicht sagen, daß das Fideicommiß für ihre Familie errichtet sei, sondern in Wahrheit für die Familie ihres Mannes, selbst wenn dieser zur Zeit der Fideicommißerrichtung nicht mehr am Leben oder von dem Genuß des Fideicommisses ausgeschlossen sein sollte.

Zum Schluß ist noch die Frage zu erörtern, ob die Gründung eines Familienfideicommisses nur im Interesse einer adeligen Familie, oder auch einer bürgerlichen erfolgen könne. Die älteren Juristen bemerken zwar, daß Fideicommisse für unadelige Familien selten vorkämen [14]), daß solche aber keineswegs ungültig seien [15]), und auch das Bayerische Landrecht bestätigt dieses [16]). Dalwigk [17]) freilich ist entgegengesetzter Ansicht. Nach ihm können nur zu Gunsten adeliger Personen und ihrer Familien Fideicommisse errichtet werden, die von Bürgern und also auch, worauf der Zusammenhang führt, für bürgerliche Familien gestifteten Fideicommisse will er nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt wissen. Als Grund für seine Ansicht führt Dalwigk an, daß nur dem hohen und niederen Adel die Familien-Autonomie zukomme. Allein daraus könnte doch immer nur gefolgert werden, daß dem Adel ausschließlich die Befugniß zur Errichtung von Familienfideicommissen, keineswegs aber auch die zum Besitz von solchen zustehe. Man wird daher das Familienfideicommiß auch in der Hinsicht als ein allen Personenclassen zugängliches Institut aufzufassen haben, daß dieselben in gleicher Weise zum Besitz von Fideicommissen befähigt sind, und zwar aus den Gründen, welche in dem vorigen § für die allgemeine Fähigkeit, ein Fideicommiß zu errichten, angegeben wurden.

Ob zwischen Fideicommissen des Adels und denen nichtadeliger Personen

---

dem jeweilig regierenden Herrn eine bestimmte Summe Geldes zu ihrem Standesmäßigen Unterhalt jährlich erhalten sollten": so ist hierunter eben nichts Anderes als eine Familienstiftung zu verstehen.

[14]) Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 3 N. 2 a. f. und § 6. Dies aber auch nicht mehr sagt gleichfalls Westphal, teutsches Privatrecht Th. II Abh. 57 § 3 S. 233 a. E., wenn er bemerkt, daß Familienfideicommisse „gemeiniglich" nur beim Adel vorkämen. Dasselbe sagt auch Beseler, Erbverträge II, 2. S. 90.

[15]) Knipschildt IV n. 23 sq. Kreittmayr a. a. O. § 6.

[16]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 6: — „Unadeliche Familien mögen ebenfalls mit Fideicommissis Familiae bedacht werden."

4to.

[17]) Erbrecht III S. 39 f.

der von Wilda[18]) und Gerber[19]) statuirte „rein factische Unterschied", daß bei ersteren „der besondere Charakter als Familienfideicommiß des deutschen Rechts mit ausschließlicher Berechtigung des Mannsstamms vermuthet" werde, während bei den letzteren „für die Annahme dieses besonderen Verhältnisses der Nachweis eines hierauf speciell gerichteten Willens erforderlich" sei, in Wahrheit bestehe, wir erst unten bei der Erörterung der Frage, ob mit dem Aussterben des Mannsstammes das Fideicommiß erlösche, untersucht werden.

Von Particularrechten schließt allerdings das Bayerische Edict vom 26. Mai 1818 nichtadelige Familien vom Besitz von Familienfideicommissen aus[20]). Eine nach allgemeinen Grundsätzen den Charakter einer Fideicommiß-Stiftung an sich tragende Disposition zu Gunsten einer solchen Familie wird als eine fideicommissarische Substitution angesehen, und bereits der Substitut erhält das freie Verfügungsrecht über die ihm hinterlassenen Güter, wenn auch die Disposition ihm dasselbe ausdrücklich abspräche[21]).

Wenn particularrechtlich der Besitz gewisser Güter gewissen Personen nicht gestattet ist, so können letztere natürlich auch nicht Fideicommisse erwerben, welche aus derartigen Gütern bestehen[22]).

§ 5.
Geeignetes Object des Familienfideicommisses.

Die Beantwortung der Frage, welche Sachen mit einem Familienfideicommiß belegt werden dürfen, läßt sich nur aus der Natur des letzteren geben. Denn sonst müßten wir vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus, welches, wie überhaupt über unser Institut, so auch über diesen Punkt keine gesetzlichen Vorschriften, also auch keine Beschränkungen enthält, eine jede Sache, welche

---

[18]) Beitrag zur Lehre von den Familienfideicommissen; in der Zeitschrift für deutsches Recht XII N. 5 S. 192.

[19]) In seinen Jahrbüchern I S. 94.

[20]) Edict § 1: „Familien-Fideicommisse, Kraft welcher ein Vermögen für alle, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger als unveräußerliches Gut der Familie bestimmt wird, können künftig nur zum Vortheil adelicher Personen und Familien errichtet werden."

[21]) Edict § 109: „Jeder Bayerische Unterthan kann durch rechtsgültige Handlungen unter Lebenden oder von Todeswegen über sein Vermögen so verfügen, daß derjenige, welcher es erhält, verpflichtet ist, dasselbe nach seinem Tode oder in andern bestimmten Fällen dem ernannten Nachfolger zu überlassen. Eine solche fideicommissarische Substitution erstreckt sich nicht weiter, als auf einen Substituten, und hört mit demselben Kraft des Gesetzes auf, wenn auch die Disposition das Gegentheil enthalten sollte. Im Uebrigen sind diese fideicommissarischen Substitutionen nach den Civil-Gesetzen zu beurtheilen."

[22]) Vgl. Wildner, das Fideicommiß-Recht nach dem Oest. allg. b. Gesetzbuche (Wien 1835) S. 76—80, welcher dies für das österreichische Recht weiter ausführt.

nicht dem Verkehr entzogen ist, für ein taugliches Fideicommißobject halten. Da aber das Familienfideicommiß auf die Dauer gestiftet ist und den Interessenten einen Ertrag gewähren soll, so muß auch die dazu bestimmte Sache diese beiden Eigenschaften vereinigen. Sie muß ertragsfähig sein und darf durch den Fruchtgenuß, welchen sie gewährt, nicht aufgezehrt werden und auch sonst dem Untergange überhaupt möglichst wenig ausgesetzt sein. Demzufolge bestimmt auch das Bayerische Landrecht Th. III C. 10 § 7: „Alle sowol cörperlich- als uncörperliche Dinge, ohne Unterschied, ob sie in ganzen Erbschaften oder einem Theil derselben, oder in gewissen besonderen Stücken bestehen, mögen mit Fideicommiss onerirt werden, soweit sie dem Fideicommittenten zugehörig und von solcher Beschaffenheit seynd, daß sie sich erhalten lassen, auch sonst kein besonderes Verbott entgegen stehet." Diese Eigenschaften wohnen vor allen den Immobilien und namentlich den Landgütern inne. Waldungen und Bergwerke nennt Knipschildt[1]) gleichfalls als geeignete Fideicommißobjecte, und an sich läßt sich dagegen nichts sagen, da sie, wenn auch Bergwerke wegen der Möglichkeit des Abbaues in geringerem Maße, die erforderlichen Eigenschaften haben, doch kommt wohl schwerlich ein Fideicommiß vor, welches allein aus solchen Sachen besteht. Auch Häuser, wenn schon sie weniger geeignet sind, können nicht ausgeschlossen werden[2]) und man kann namentlich gegen die Zuläßigkeit nicht einwenden, daß bei ihnen ein Fruchtgenuß nicht stattfände, denn abgesehen davon, daß man sich aus ihnen durch Vermiethen einen positiven Gewinn verschaffen kann, liegt doch auf jeden Fall, wenn auch jenes durch die Stiftung verboten sein sollte, ein Gewinn in der Befugniß, das Haus zu bewohnen. So hat auch Knipschildt[3]) die Zuläßigkeit eines solchen Fideicommisses ausdrücklich behauptet bei Schlössern und Burgen, wie bei gewöhnlichen Wohnhäusern und läßt das Object nur auf den Namen einwirken, indem er Landgüter, welche ein Familienfideicommiß bilden, mit dem Namen Stammgüter bezeichnet, Gebäude dagegen Stammhäuser nennt[4]). Particularrechte weichen allerdings ab und lassen an bloßen Häusern ein Familienfideicommiß nicht bestellen, so das

---

[1]) De fideicommissis familiarum V n. 63—68.

[2]) So läßt dieselben auch ausdrücklich zu das Sachsen-Weimarische Gesetz über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form vom 22. April 1833 § 6: „Der Staat erkennt die Unveräußerlichkeit, wie überhaupt ein dingliches Recht der Nachfolger in ein Fideicommiß als solches, dritten Personen, d. h. den Gläubigern oder Erwerbern von Fideicommißgütern gegenüber nur insoweit an, als der Gegenstand des Fideicommisses in liegenden Gütern (Gebäuden und Grundstücken), hypothekarisch versicherten Kapitalien, Erbzinsen und anderen auf liegenden Gütern haftenden Gefällen besteht." Daß dies überhaupt in Sachsen Rechtens sei, bezeugt Steinacker, de iure fideicommissorum familiae, secundum leges Saxonicas (Lips. 1834) P. I p. 20 sq.

[3]) L. c. V n. 48—56. [4]) L. c. I n. 13 u. 17.

Preußische Landrecht[5]) und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse[6]), vielmehr können nach beiden Häuser nur einem bereits für sich bestehenden Familienfideicommiß hinzugefügt werden[7]).

Den Immobilien stellen aber die älteren Juristen rücksichtlich der Fähigkeit, zu einem Familienfideicommiß bestimmt zu werden, gewisse Rechte gleich, von denen dieselben sagen, daß sie inter immobilia connumerantur[8]), oder per fictionem iuris pro immobilibus gehalten werden[9]), wobei für jene wohl weniger der Umstand maßgebend gewesen, daß in der Lehre von der Eintheilung der Sachen, wie sie sich im späteren deutschen Recht, freilich unter Einwirkung älterer Rechtsgrundsätze ausgebildet, diese Rechte zu den unbeweglichen Sachen gerechnet wurden, als vielmehr der, daß dieselben Gegenstand eines Lehns sein konnten, wie denn jene Juristen zum Theil geradezu auf II F. 1 § 1 verweisen[10]) und auch bei einzelnen der hierher gezählten Rechte aus-

---

[5]) § 48 A. L. R. II, 4: „Zu beständigen Familienfideicommissen aber können nur Kapitalien und Grundstücke, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist, gewidmet werden." § 60: „Aus bloßen Häusern und Gebäuden, ingleichen aus Mobilien und Kostbarkeiten allein, kann kein beständiges Familienfideicommiß errichtet werden."

[6]) Edict § 2: „Zur Errichtung eines Familien-Fideicommisses wird ein Grundvermögen erfordert, von welchem an Grund- und Dominical-Steuer in simplo wenigstens fünf und zwanzig Gulden zu entrichten sind." § 3: „Unter dieses Grundvermögen sind zu rechnen: 1) Alles im Königreich gelegene Land-Eigenthum sammt den mit demselben in natürlicher Verbindung stehenden landwirthschaftlichen Industrial-Anstalten, insbesondere den Brauereyen; 2) die Früchte des Obereigenthums, als Gilten, Stiften, Grundzinsen, Laudemien, Scharwerke; 3) Jurisdictions-Erträgnisse und fruchtbringende Real-Rechte auf fremdem Eigenthum, insonderheit Zehenten, unablösliche Geld-Renten, das Jagd- und Fischrecht in fremden Waldungen oder öffentlichen Flüssen und Seen, wenn sich diese Rechte mit einem zum Fideicommiß bestimmten Gute im Zusammenhang befinden."

[7]) § 61 A. L. R. II, 4: „Wohl aber können dergleichen Gebäude, Mobilien und Kostbarkeiten einem anderen für sich bestehenden Fideicommiß zugeschlagen werden." Bayerisches Edict vom 26. Mai 1818 § 6: „Ein auf Grundvermögen (§ 3) constituirtes Fideicommiß kann sowohl bey der Errichtung als in der Folge durch jede Art von beweglichem oder unbeweglichem Vermögen vermehrt werden. Insbesondere ist gestattet, Häuser und Gärten, Geld und Capitalien, Kleinodien, Sammlungen von Gemälden, Kunstsachen, Büchern u. dgl., und die Hauseinrichtung zu diesem Fideicommiß-Ueberschusse mit gleicher fideicommissarischer Eigenschaft zu bestimmen."

[8]) Knipschildt, de fideicommissis familiae V n. 16. Beck, de licita maioratuum et fideicommissorum familiarum nobilium alienatione (Altorfii Noricum 1750) p. 7.

[9]) Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 7 N. 1.

[10]) Knipschildt l. c. V n. 1. Beck l. c.

drücklich als Grund angeben, daß dieselben zu Lehn gegeben werden könnten. Es ergiebt sich dies auch aus der Natur der einzelnen Arten, welche aufgezählt werden[11]). Außer dem Herzogthum, Markgrafschaft und den anderen Reichslehen, werden nämlich dahin gerechnet unter anderen Jurisdiction, Zölle, Steuern, Zehnten, die Einkünfte einer Kämmerei- und Kellerei-Verwaltung (pensiones de camera et de cavena). Diese Analogie ist aber durchaus unstatthaft, denn die außerordentliche Ausdehnung, welche die lehnbaren Gegenstände im Mittelalter erfahren, erklärt sich daraus, daß das Lehnrecht nicht nur die Grundlage des öffentlichen Rechts geworden, sondern auch die meisten Lebensverhältnisse durchzog. Die angegebenen Rechte kommen als selbständige Fideicommißobjecte gar nicht vor, und nur einige, wie die Jurisdiction und Zehten können als Zubehör eines Landguts erscheinen. Dasselbe gilt von Rusticalservituten, vom Jagdrecht in fremden Waldungen und der Fischereigerechtigkeit in fremden Gewässern, welche Knipschildt[12]) gleichfalls als Fideicommißobjecte angiebt. Auch Particularrechte weichen hiervon nicht ab, namentlich darf man nicht die oben (Note 6) angegebene Bestimmung des Bayerischen Edicts über die Familien-Fideicommisse so auffassen, als ob die hier aufgezählten Rechte selbständige Gegenstände eines Familienfideicommisses sein könnten, vielmehr zeigen die Schlußworte des § 3 „wenn sich diese Rechte mit einem zum Fideicommiß bestimmten Gute im Zusammenhange befinden" deutlich, daß sie nur als Zubehörungen eines Landguts als Fideicommißobjecte vorkommen können. Die Eingangsworte des § „Unter dieses Grundvermögen sind zu rechnen" haben für die gedachten Rechte lediglich die Bedeutung, es sei nicht nothwendig, daß der ganze vom Edict geforderte Werth des Fideicommißobjects in dem zum Fideicommiß bestimmten Landgut bestehe, sondern daß auch der capitalisirte Werth der aus den zum Fideicommiß gehörigen nutzbaren Rechten zu gewinnenden Einkünfte mit dazu gerechnet werden könne.

Den beweglichen Sachen muß, weil bei ihnen an und für sich die beiden oben angegebenen Requisite, nämlich die Dauer und Gewährung eines Ertrags vereinigt nicht vorhanden sind, regelmäßig die Fähigkeit, einem Familienfideicommiß zur Grundlage zu dienen, abgesprochen werden. Doch müssen wir hiervon Ausnahmen zulassen[13]). Einmal beim Gelde. Dieses unterscheidet sich zwar seiner Natur nach durchaus nicht von allen anderen beweglichen Sachen. Will man einen Genuß davon haben, so muß man es verbrauchen; soll ihm Dauer verschafft werden, so gewährt es keinen Genuß. Allein es ist bei demselben die Möglichkeit geboten, beides zu erreichen, Fruchtertrag und Dauer, freilich nicht in specie, aber doch in genere. Natürlich müssen wir hier den Fall ganz ausscheiden, wo der Stifter eine Geldsumme zur Begrün-

---

11) Vgl. Knipschildt l. c. V n. 14–71.

12) l. c. V n. 36. n. 39–41.

13) Winkler, de fideic. fam. rer. mob., in opusc. minor. T. II p. 60.

dung eines Familienfideicommisses bestimmt, zugleich aber in der Stiftungsurkunde angeordnet hat, daß diese Summe zum Ankauf eines Gutes verwendet werde[14]). Alsdann ist nicht die Geldsumme Gegenstand des Fideicommisses, sondern das Gut, ohne Unterschied, ob der Stifter ein bestimmtes Gut bezeichnet hatte oder nicht. In jedem Fall aber kann jenes dadurch erreicht werden, daß man das Geld zinsbar anlegt. Und so können auch Capitalien Gegenstand eines Familienfideicommisses sein[15]). Die Particularrechte lassen gleichfalls, mit Ausnahme des Landrechts für das Großherzogthum Baden[16]), des Bayerischen Edicts vom 26. Mai 1818[17]), welche unbedingt ein Grundvermögen fordern, des Braunschweigischen Gesetzes vom 28. März 1837, das nur von allodificirten Lehen, allodialen Rittergütern und sonstigen Landgütern als Fideicommißobjecten spricht, und vom 20. Mai 1858, sowie des großherzoglich Hessischen vom 13. September 1858, Familienfideicommisse an Capitalien gelten. So ist es ausdrücklich bestimmt im Preußischen Landrecht[18]), dem Sachsen-Weimarischen Gesetz vom 22. April 1833[19]), dem Hannöverschen Gesetz über die Errichtung von Familienfideicommissen vom 13. April 1836[20]). Indeß bedarf es einer solchen ausdrücklichen Zulassung gar nicht, vielmehr müssen derartige Fideicommisse überall da angenommen werden, wo sie nicht geradezu ausgeschlossen, oder Immobilien als alleinige Fideicommißobjecte bezeichnet sind. Nur das s. g. gemeine Sachsenrecht hat in dieser Beziehung zu Bedenken Veranlassung gegeben. Daraus nämlich, daß die Chursächsische Erläuterte Proceßordnung von 1724 ad tit. XLV § 7 fordere, daß Fideicommisse „bei Lehengütern von dem Lehenherrn, bei Erbstücken aber von dem Gerichtsherrn — confirmiret" würden; auch die Decisionen von 1746 (Dec. 10) sich nur auf die in der Proceßordnung behandelten Fideicommisse bezögen[21]), will Steinacker[22]) den Schluß ziehen, daß für Fideicommisse, die aus beweglichen Sachen bestünden, nur die Grundsätze von römischen Familienfideicommissen zur Anwendung kommen, nicht aber die über Fideicommisse erlassenen säch-

---

[14]) Molina, de Hispan. primog. II c. 10 n. 4. Knipschildt l. c. V n. 72—77. Beck, de licita maioratuum alienatione p. 7.

[15]) Schon Knipschildt (V n. 99) läßt Geld als Gegenstand eines Familienfideicommisses zu, wenn dafür annui reditus gekauft werden. Vgl. Ludewig, consil. Hallens. T. II 1. 2 cons. 92. Brandt, de nat. bon. avit. p. 23. Richter, de fid. fam. p. 36, wo dafür Beispiele angeführt werden.

[16]) Art. 577 cb: „Nur liegenschaftliches Vermögen aller Art kann Stammgut sein" —.

[17]) § 2 (s. o. Note 6). § 6 (Note 7). [18]) § 48 A. L. R. II, 4.

[19]) § 6 (s. o. Note 2). [20]) § 39.

[21]) Es wird dies geschlossen aus der Bestimmung der Decisionen, daß ein Fideicommiß nicht anders, „als vor denen Gerichten, wo das Fideicommiß, Majorat oder Seniorat confirmirt worden, aufgehoben und geändert werden" könnte.

[22]) De iure fideic. fam. P. I p. 13.

sischen Gesetze auf dieselben bezogen werden könnten. Nun ist allerdings wohl anzunehmen, daß die Bestimmung der Erläuterten Proceßordnung sich nur auf Immobilien bezieht. Der Grund liegt aber darin, daß dieselbe im Interesse der Gläubiger und dritter Besitzer erlassen ist, indem die Nichtbeachtung jener Vorschriften die Ungültigkeit der Fideicommißstiftung nur den genannten Personen, nicht aber den Mitgliedern der zum Fideicommiß berufenen Familie selbst gegenüber zur Folge hat. Können aber selbst die genannten sächsischen Gesetze auf Fideicommisse, die in Mobilien, also auch Capitalien bestehen, nicht zur Anwendung kommen, so folgt daraus noch nicht, daß die Grundsätze über römische Familienfideicommisse für dieselben maßgebend seien, sondern eben nur daß sie dem gemeinen deutschen Recht unterlägen, um so mehr, als ja die angegebenen Gesetze nur einzelne Verhältnisse, gerichtliche Bestätigung und Aufhebung der Fideicommisse, betreffen und keineswegs das Recht der Familienfideicommisse überhaupt reguliren wollen. Daß übrigens auch in Sachsen Capitalien zu Familienfideicommissen gewidmet werden konnten, war nicht zweifelhaft[23]), und Steinacker[24]) selbst bemerkt, daß die sächsischen Behörden jene Vorschriften bei Geldfideicommissen gleichfalls zur Anwendung brächten. Auch daß das Sächsische Gesetz, die höheren Justizbehörden und den Instanzenzug in Justizsachen betreffend, vom 28. Januar 1835[25]) ebenfalls von der gerichtlichen Bestätigung nur bei Fideicommissen, die in Immobilien bestehen, spricht, kann hierbei nicht in Betracht kommen, da dies seinen Grund darin hat, daß in demselben von Gütern, die bisher im Lehnsverbande standen, die Rede ist. Demgemäß erscheint es denn als keine Neuerung, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 von einer Beschränkung des Familienfideicommisses auf Grundstücke nichts weiß[26]).

Sollen aber Capitalien den Gegenstand eines Familienfideicommisses bilden, so müssen dieselben, damit nicht ihre Dauer allzusehr äußeren Wechsel-

[23]) Salza, Familienfideicommisse S. 59. S. 263—266. Auch der Umstand spricht dafür, daß das Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832 § 182 (s. u. Note 32) nicht unbedingt verlangt, daß die einem Familienfideicommiß zukommenden Ablösungs-Kapitalien zum Ankauf von Grundstücken für jenes verwandt werden, sondern auch hypothekarische Anlegung derselben zuläßt.

[24]) A. a. O. S. 20 ff.

[25]) § 6: „Das Appellationsgericht zu Dresden ist zugleich die Lehns- und Hypothekenbehörde in Ansehung sämmtlicher Immobilien, welche bisher bei dem Landesjustizcollegium zu Lehn gingen. In der gedachten Eigenschaft hat es auch Familienfideicommisse an solchen Immobilien zu bestätigen und Consens dazu zu ertheilen." § 8: „In Ansehung der Immobilien, welche bisher bei der Oberamtsregierung zu Lehn gingen, bildet das Appellationsgericht zu Budissin, die Lehns-, Hypotheken- und Fideicommißbehörde."

[26]) Sächsisches Gesetzb. § 2527, welches ein Familienfideicommiß zuläßt an einer „Erbschaft", einem „ideellen Theil derselben" und „einzelnen Gegenständen".

fällen ausgesetzt sei, dinglich gesichert sein[27]). Doch wird man auch die Anlegung von Fideicommiß-Capitalien in Staatsanleihen für unbedingt zulässig halten können[28]). In Lotterie-Anleihen angelegte Capitalien werden wir aber wohl mit Wildner[29]) in dem Fall nicht für geeignete Fideicommißobjecte halten können, daß die Zinsen nicht terminweise, sondern erst mit dem ausgeloosten Capital gezahlt werden, weil es hierbei leicht vorkommen kann, daß der Fideicommißbesitzer lange Zeit hindurch jeden Fruchtgenuß entbehrt. Natürlich gilt dies nur für den Fall, wo in derartigen Capitalien allein das ganze Fideicommiß bestehen soll. Particularrechtliche Beschränkungen rücksichtlich der Anlegung der zu einem Familienfideicommiß bestimmten Capitalien finden sich meines Wissens heutzutage nicht.

Das Preußische Landrecht nennt Familienfideicommisse, deren Gegenstand in Capitalien besteht, Geldfideicommisse[30]). Mit Geldfideicommiß braucht Salza[31]) identisch Fideicommißstamm, wogegen dieser Ausdruck in der neueren Gesetzgebung die Capitalien bezeichnet, welche dem Fideicommiß als Aequivalent für abgelöste Realrechte zugegangen sind[32]), während Beseler[33]) denselben für die Geldfideicommisse gebraucht, welche unablösbar auf ein bestimmtes Gut gelegt sind und nach einer besonderen Successionsordnung vererben, wobei natürlich ein unveräußerliches Grundstück, also Lehn oder Fideiommiß vorausgesetzt werden muß.

Andere bewegliche Sachen, als Kapitalien, können für sich niemals Gegenstand eines Familienfideicommisses sein[34]), weil durch solche der Zweck der

---

[27]) So auch das Sachsen-Weimarische Gesetz vom 22. April 1833 § 6 (s. o. Note 2).

[28]) Das ist nach österreichischem Recht z. B. der Fall; vgl. Wildner, Fideicommiß-Recht S. 58—61.

[29]) A. a. O. S. 59. [30]) § 126 A. L. R. II, 4.

[31]) Familienfideicommisse S. 59. S. 210. S. 263 ff. Derselbe in Weiske's Rechtslexicon IV S. 246.

[32]) (Königl.) sächsisches Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832 § 182: „In soweit der Betrag der gesammten eingegangenen Ablösungskapitale das Consensquantum (scil. bis auf dessen Höhe dem Fideicommißbesitzer die Verschuldung des Fideicommißgutes zusteht) übersteigt, oder ein solches dem Besitzer überhaupt nicht zugestanden ist, müssen diese Gelder entweder zu Lehns- oder Fideicommiß-Stämmen gemacht und mit genügender hypothekarischer Sicherheit für die Lehns- oder Fideicommiß-Interessenten ausgeliehen, oder auf Erkaufung eines zum Lehn oder zum Fideicommisse zu schlagenden Grundstücks verwendet werden." Vgl. Freiesleben, die Familienanwartschaft nach dem neuesten sächsischen Rechte (Leipz. 1868) S. 45.

[33]) System § 176 N. II.

[34]) Das bestimmen auch neuere Particularrechte ausdrücklich: § 60 A. L. R. II 4 (s. o. Note 5). Bayer. Edict vom 26. Mai 1818 § 2 (s. o. Note 6) u. § 6 (s. o. Note 7). Auch nach österreichischem Recht ist dieser Grundsatz anerkannt, obwohl

Stiftung, das Ansehen der Familie für immer zu erhalten, nicht erreicht werden kann. Hierbei macht die Art der Sachen keinen Unterschied, mögen es Thiere sein, Maschinen, sonstige Geräthschaften und Möbel, oder aber Gold- und Silbersachen, Juwelen, Kunstsammlungen, Bibliotheken und Aehnliches. Durch diese allein läßt sich der angegebene Zweck so wenig erreichen, als durch jene. Zwar sind zuweilen in hochadeligen Familien Gold- und Silbergeräthe, Gemälde u. s. w., wie es heißt, mit einem Fideicommiß belegt[35]). Allein das bedeutet nichts anderes, als daß die Unveräußerlichkeit, welche dem Familienvermögen hausgesetzlich innewohnt, auch auf diese Mobilien ausgedehnt sei. Sollte die Erhaltung des Ansehens oder wenigstens Glanzes der Familie durch den Gebrauch derartiger Kostbarkeiten möglich sein, so müßte dieselbe durch ihr sonstiges Vermögen in den Stand gesetzt sein, diese Sachen gebrauchen zu können, ohne sich lächerlich zu machen, d. h. sie müßte bereits mit einem gewissen Glanz in der Gesellschaft auftreten können, damit dieser durch den Besitz und Gebrauch solcher Sachen noch erhöht würde. Daher eignen sich dieselben sehr wohl, einem Gegenstande, der die nothwendigen Eigenschaften besitzt, hinzugefügt und mit diesem zusammen zu einem Fideicommiß bestimmt zu werden. Hiermit stimmt auch Molina[36]) überein, er läßt sie nur neben alia bona immobilia zu. Doch auch das, was Knipschildt über die bona pretiosa bemerkt, ist wohl so aufzufassen, daß er diese nur in Verbindung mit geeigneten Sachen zu einem Fideicommiß gültig bestimmen läßt, aber nicht allein; denn während er dieselben in c. V n. 81 (und 95) seines Tractats zu denen rechnet, welche zum Fideicommiß gewidmet werden können, führt er dieselben in n. 100 unter denen auf, bei welchen dies nicht zulässig ist, und vereinigt dies dadurch, daß er bemerkt, sie könnten nur dann Fideicommißqualität erhalten, wenn es der Stifter ausdrücklich angeordnet. Das ist ja aber bei allen Gegenständen der Fall. Dagegen scheint sich Beck[37]) in der That einzubilden, daß durch Kleinodien und

---

das Bürgerliche Gesetzbuch darüber, was Gegenstand eines Familienfideicommisses sein könne, gar keine Bestimmungen enthält. Vgl. Wildner, Fideicommiß-Recht S. 62 f., welcher auch (S. 63 Note *) bemerkt, daß in einem ihm bekannten Falle die Genehmigung zur Errichtung eines Fideicommisses auf einen sehr werthvollen Schmuck nicht ertheilt worden.

[35]) Vgl. das Testament des Herzogs Carl Alexander von Württemberg vom 7. März 1737 § 9 (s. Richter, de fideic. fam. p. 96). Auch Ludolph, de introduct. sur. primogenit. in append. n. 5 giebt an, daß in einer fürstlichen Familie ein Frauen-Schmuck nach den Bestimmungen eines Familienvertrags stets an die älteste Fürstin (seniorem principem feminam) gefallen wäre. Vgl. Beck, de licita maioratuum alien. p. 7. Moser, Familen-Staats-Recht C. 19 § 31 (Th. II S. 1208).

[36]) De Hispan. primog. II c. 10 n. 7.

[37]) De licita maioratuum alienatione p. 7.

Kunstsachen allein das Ansehen einer Familie sich aufrecht erhalten lasse, indem er angiebt, daß ein Familienfideicommiß errichtet werden könne (und zwar allein, denn von Mobilien als Accessionen zu Grundstücken redet er später) in rebus pretiosis, veluti gemmis, margaritis, catenis, vasis aureis et argenteis, picturis, numismatibus, armis, que perpetuandae familiarum memoriae ac dignitati inserviunt. Auch die an erster Stelle genannten Sachen werden zweckmäßig einem Fideicommißgut beigegeben, wie bereits Knipschildt[38]) ganz allgemein bemerkt, daß Mobilien, obwohl sie ihrer Natur nach unfähig seien, zu einem Fideicommiß bestimmt zu werden, doch verbunden mit dazu fähigen zu einem solchen gewidmet werden könnten, indem er dabei auf die Analogie des Lehns hinweist. Die neueren Particularrechte, welche darauf überhaupt eingehen, stimmen hiermit überein, so das Preußische Landrecht[39]) und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse[40]). Letzteres giebt sogar gewissen Sachen dieser Art gesetzliche Pertinenzqualität[41]).

Der Zweck ist hier wie dort der, die jedesmaligen Fideicommißbesitzer von der Nothwendigkeit zu befreien, die zum Gebrauch des Fideicommißgutes erforderlichen Sachen, namentlich Wirthschaftsinventar und Möbel sich aus eigenen Mitteln anzuschaffen, was für manchen unmöglich wäre. Diese Sachen werden aber von der Fideicommißqualität nicht in specie, sondern in genere ergriffen, und jeder Fideicommißbesitzer hat nur tantundem und von derselben Güte zu hinterlassen[42]).

Particularrechtlich ist es freilich auch gestattet, gewisse Mobilien, nämlich Kleinodien allein mit Fideicommißqualität zu belegen. So nach liv- und esthländischem Recht[43]), und auch die Fassung des Bayerischen Landrechts läßt

---

[38]) L. c. V n. 10—13. [39]) § 61 A. L. R. II, 4 (s. o. Note 7).

[40]) § 6 (s. o. Note 7).

[41]) Bayrisches Edict § 8: „Außer den auf besonderen Dispositionen (§ 6) beruhenden Zugehörungen eines Fideicommisses sind Kraft des Gesetzes als Zugehörungen desselben anzusehen: 1. bey Oeconomien das Vieh und die sogenannte Fahrniß; 2. bey Brauereyen das Braugeschirr jeder Gattung; 3. bey anderen Industrial-Anstalten die hierzu gehörigen Maschinen und Werkzeuge aller Art.“ — § 9: „Besteht das Familienfideicommiß in einem Guts-Complexe, so sind ferner Pertinenzstücke desselben mit gleicher Eigenschaft: 1. bey Oeconomien der nöthige Saamen und das bis zur nächsten Ernte hinreichende Speise-Getreide; dann 2. bei Brauereien ein, nach dem zur Zeit der Fideicommiß-Folge sich bezeigenden Betrieb des Braugeschäftes nothwendiger halbjähriger Vorrath.“

[42]) So auch Salza, Familienfideicommiß S. 59.

[43]) Testaments-Stadga vom 3. Juli 1686 § 5. — „Wannenherro — einem jeden, zu seiner Familie Ansehen und Conservation, und in anderen Fällen zuläßig ist, eine perpetuelle Verordnung zu stellen, daß Kinder oder andere nicht Macht haben sollen, einig vermachtes Guth, Hauß, fruchtbar Capital oder Ju-

eine solche Auslegung zu[44]). Alsdann muß es allerdings dabei sein Bewenden haben. Hat jedoch abgesehen hiervon Jemand bewegliche Sachen allein zu einem Familienfideicommiß bestimmt, so ist zwar eine solche Anordnung nicht ganz und gar für ungültig zu halten, eben so wenig aber hier ein Familienfideicommiß im heutigen Sinne des Worts anzunehmen, sondern es sind lediglich die römisch-rechtlichen Grundsätze von den fideicommissarischen Substitutionen zur Anwendung zu bringen.

Wir sehen, daß sowohl Immobilien als Kapitalien Gegenstand eines Familienfideicommisses sein können, daß auch die übrigen Mobilien als Pertinenzen geeigneten Fideicommißgegenständen beigegeben werden können. Daraus folgt, daß auch ein ganzes Vermögen, vorausgesetzt, daß seine Bestandtheile wenigstens zum Theil aus Sachen der ersteren Art bestehen, oder eine Vermögensquote unter derselben Bedingung zu einem Fideicommiß bestimmt werden kann[45]). Daß in einem solchen Falle bei der Verwirklichung der Fideicommißstiftung nach dem Grundsatz bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno die Schulden abzuziehen sind, und nur das Activvermögen als Gegenstand des Familienfideicommisses angesehen werden kann, oder die Schulden auf dem Fideicommiß haften bleiben, versteht sich von selbst, wie in gleicher Weise die sonstigen Rechte Dritter gegen das Vermögen resp. den Nachlaß, welche diesen wider ihren Willen nicht entzogen werden dürfen, vorweg vom Vermögen in Abrechnung zu bringen sind.

Dahin gehört der Pflichttheil, welcher den Notherben voll und unbeschwert zu hinterlassen ist. Hierbei ist jedoch zu untersuchen, ob man bei jedem Familienfideicommiß, welches das ganze Vermögen ergreift, durch welchen Act es auch immer in's Leben gerufen sein mag, von legitima reden darf und daher überall die Folgen der Verletzung des Pflichttheils eintreten können.

Daß es bei einem durch Testament errichteten Fideicommiß der Fall sei, unterliegt keinem Zweifel. Hat der Stifter ohne etwas in Betreff des Pflichttheils zu bestimmen, in seinem Testament lediglich ein Fideicommiß zu Gunsten eines extraneus und der Familie desselben errichtet, wobei also jener zum Erben eingesetzt ist, so kann der Pflichttheilsberechtigte, vorausgesetzt, daß in seiner Person kein Enterbungsgrund vorliegt, das Testament anfechten. Dringt derselbe mit der Klage durch, so wird nach Nov. 115 c. 4 das Testament ungültig quantum ad institutionem heredum, damit fällt aber auch die Fi-

---

velen zu theilen, zu verringern, oder zu veräussern, sondern einer nach dem andern sich an dem jährlich daraus fliessenden Nutzen zu vergnügen." Vgl. Bunge, liv- und esthländisches Privatrecht (2. Aufl. Reval 1847. 48) II § 395.

[44]) Cod. Max, Bav. civ. III C. 10 § 7 N. 4.

[45]) Knipschildt l. c. II n. 24. V n. 7. Ebenso der Codex Max. Bav. civ. III C. 10 § 7 (s. o. S. 48); vgl. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 7 N. 1.

deicommißstiftung[46]). Es ist für das heutige Recht der Familienfideicommisse nicht richtig, wenn Knipschildt[47]) die Gültigkeit des Fideicommisses dadurch nicht in Frage stellen lassen will, daß den Notherben (liberi) der Pflichttheil gar nicht hinterlassen ist, sondern diesen in solchem Falle nur das Recht zuspricht, eben den Pflichttheil zu fordern. Wenn er nämlich hierfür geltend macht, daß nach der gemeinen Meinung eine Tochter, die durch Statut von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen und nur auf eine Aussteuer oder Alimente beschränkt sei, auch nur in dem Falle diese fordern dürfe, daß der Vater sie im Testamente übergangen, nicht aber das letztere anfechten könne, so ist das ein wesentlich verschiedener Fall, indem bei einer derartigen particularrechtlichen Bestimmung die Tochter gar nicht als Erbin in Betracht kommt. Aus dem gleichen Grunde ist die Berufung auf die spanischen Majorate nicht statthaft. Hat der Stifter jedoch das Fideicommiß errichtet zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten selbst und seiner Descendenz, ohne demselben die legitima zur freien Disposition zu hinterlassen, so ist dieser gleichfalls nicht verpflichtet, eine derartige Anordnung anzuerkennen, vielmehr kann derselbe verlangen, daß der ihm gebührende Pflichttheil von jedem gravamen frei bleibe[48]), und somit bewirken, daß eine jenem entsprechende Quote des Vermögens des Stifters dem Fideicommiß entzogen werde[49]). Ebenso würde dem Pflichttheilsberechtigten, wenn ihm der Stifter in diesem wie in jenem Fall allerdings etwas unbeschwert hinterlassen hätte, aber nicht den vollen Pflichttheil, die actio ad supplendam legitimam zustehen[50]). Der Stifter wird sich daher nicht der Nothwendigkeit entziehen können, den Pflichttheilsberechtigten die legitima ungeschmälert zu gewähren[51]). Wenn ältere Juristen, wie

---

[46]) Molina l. c. II c. 1 n. 9. [47]) L. c. VI n. 238 sq.

[48]) L. 32. L. 36 pr. § 1 C. De inoff. test. (3, 28). Nov. 18 c. 3.

[49]) Gayll, practicae observationes II obs. 119 n. 2. Stryck, de succ. ab int. VII c. 1 n. 24. Ebenso Molina (l. c. II c. 1 n. 36), der jedoch die Anordnung für gültig hält, wenn sie mit königlicher Erlaubniß geschehen, was natürlich für das heutige Recht gar nicht in Betracht kommt. Auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 3 § 15 N. 7 verordnet: „Mag die Noth-Gebührnuß mit keiner Condition, Nutznieſſung oder anderer Servitut, und eben so wenig mit Fideicommiss oder anderer Bürde beschwert werden, sondern dergleichen Beysatz halt man pro non adiectis."

[50]) L. 30 C. De inoff. test. (3, 28).

[51]) Gayll l. c. II obs. 119 n. 2. Betsius, de statutis VIII § 61. Knipschildt l. c. VI n. 148—156. Stryck l. c. VII c. 1 n. 24. Leyser, meditationes ad pandectas spec. 405 § 2 u. 3 (vol. V u. VI — ed. III Lips. 1744 — p. 1008 sq.). Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 3. Pfeiffer, vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts (Marb. 1803) S. 79. Ebenso bestimmt der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 9 N. 8: „Ist bey Verordnung der Primogenitur oder eines Majorat's auf die Legitimam derer a Disponente hinterlassener Noth-Erben ebenso, wie in anderen

Gayll[52]) und Knipschildt[53]) ausführen, daß der Pflichttheil ob familiae conservationem verringert werden könne, und so der Fideicommißstifter den nicht zur Succession gelangenden Söhnen nur standesmäßige Versorgung[54]), den Töchtern nur eine hinlängliche dos hinterlassen müsse[55]), so trifft das allerdings bei dem Güterrecht des hohen Adels zu, dagegen, abgesehen von particularrechtlichen Bestimmungen, nicht bei den Familienfideicommissen, da man außerhalb jenes Kreises über die den Pflichttheil betreffenden civilrechtlichen Grundsätze sich nicht hinwegsetzen darf. Dies hebt auch Kreittmayr[56]) richtig hervor, indem er jene Schmälerung des Pflichttheils nur bei apanagirten Herren und ausgesteuerten Prinzessinnen zuläßt, außerdem nur nach bayerischem Recht bei adeligen Töchtern zufolge des General-Mandats vom 20. April 1672. Auch in dem Fall könnten die mit dem Fideicommiß bedachten Pflichttheilsberechtigten nicht gehindert werden,

---

Succession's-Fällen der behörige Bedacht zu nehmen." Und in gleicher Weise verordnet das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse § 19: „Wer ein Familien-Fideicommiß gründet oder vermehrt, darf den Pflichttheil derjenigen, welche darauf nach den Gesetzen ein Recht haben, nicht verletzen." Ueber die Ausmittelung der Größe des Pflichttheils schreibt § 20 vor: „Der Pflichttheil wird erst bey dem Tode des Constituenten bestimmt, wie sich in diesem Zeitpunkte dessen Kinderzahl und dessen Vermögen, mit Einschluß des zum Fideicommiß gewidmeten Vermögens, verhält." Transitorische Bestimmungen giebt das Edict für die nachgelassene Bildung neuer Familienfideicommisse aus den ehemaligen Fideicommissen und Stammgütern in den §§ 35 u. 36. Hier heißt es § 35: „Bey der Bildung eines solchen Fideicommisses ist der Constituent aus dem vormaligen Fideicommiß-Vermögen, soweit er daran die fideicommissarische Eigenschaft erneuert, seinen Notherben zwar keinen Pflichttheil schuldig; ihnen gebührt jedoch in Ermanglung eines andern Vermögens aus dem Fideicommisse nicht nur eine verhältnißmäßige Alimentation, sondern auch dessen Töchtern bey der Verehelichung eine anständige, den vormaligen Fideicommiß-Rechten angemessene Aussteuer." § 36: „Dagegen dürfen zum Schaden des Pflichttheiles, welcher den Notherben aus dem übrigen Vermögen des Constituenten gebührt, die Schulden desselben nicht auf das Allodial-Vermögen allein hingewiesen, sondern sie sollen, was die Ausmessung des Pflichttheiles angehet, zwischen dem Vermögen, an welchem der Fideicommiß-Verband erneuert wird, und zwischen dem übrigen Vermögen in folgender Art vertheilt werden: 1. die alten Fideicommiß-Schulden, und die nach gegenwärtigem Edicte als Fideicommiß-Schulden 1. Klasse anzusehenden, dürfen von dem Allodialvermögen nicht abgezogen werden; 2. von den übrigen Schulden des Constituenten aber wird nach dem Verhältnisse, in welchem das Allodial-Vermögen und das zum neuen Fideicommisse verwendete vormalige Fideicommiß-Vermögen gegen einander stehet, ausgeschlagen, wie viel davon auf das Fideicommiß- oder auf das Allodial-Vermögen fällt, und hiernach wird der Pflichttheil berechnet."

[52]) L. c. II obs. 122. [53]) A. a. O.

[54]) Knipschildt l. c. VI n. 210 sqq.

[55]) Knipschildt l. c. n. 182—186.

[56]) Anmerkungen III C. 3 § 15 N. 2.

die reine legitima zu fordern, wenn der aus dem Fideicommiß zu ziehende Ertrag dieselben viel günstiger stellen würde, als das den Pflichttheil repräsentirende Vermögen, indem niemals vorauszusehen ist, wie lange der Fideicommißbesitzer die Früchte des Fideicommisses genießen wird[57]). Selbst die Anwendung der cautela Socini nutzt dem Stifter nichts, da es ja immer in der Hand des Notherben liegt, den Pflichttheil zu beanspruchen. Nichts desto weniger hat auch das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse dieses unschädliche Mittel für geeignet gehalten, um die Fideicommißstiftung zu sichern. Es heißt nämlich im § 21: „Den zum Pflichttheil Berechtigten kann dasjenige, was ihnen durch das Fideicommiß zugewiesen wird, in den Pflichttheil angerechnet, und selbst der ganze Pflichttheil des ersten Instituirten mit der Fideicommiß-Eigenschaft belegt werden, wenn dieses so geschieht, daß er die Wahl hat, ob er das Fideicommiß mit Belastung des Pflichttheils, oder den Pflichttheil allein ohne Belastung aber auch ohne die Fideicommiß-Folge annehmen will[58]).“ Das einzige Mittel, wodurch der Stifter das Fideicommiß vor einer von den Pflichttheilsberechtigten ausgehenden Anfechtung oder

[57]) Auf die Ungewißheit des Vortheils macht auch schon Stryck (l. c. VII c. 1 § 24) aufmerksam. Man kann sich gegen diese Ansicht nicht berufen auf L. 12 C. De inoff. test. (3, 28) [Alexander]: Si pater puellae, cuius vos curatores esse dicitis filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis heredibus fidei filiorum commisit, ut, si quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret, praeterea uxori, ut id, quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam restitueret, fideicommisit, calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis, cum ex huius modi fideicommissaria restitutione tam matris quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire. Diese Stelle ist vielmehr zu modificiren durch L. 32 C. eod. [Justinian.]: Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa condicio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

[58]) Bei dieser Bestimmung dürfte es schwer zu sagen sein, wie das, was der Notherbe durch das Fideicommiß erhält, demselben in den Pflichttheil eingerechnet werden soll, da auf der einen Seite der Pflichttheil nach dem Tode des Stifters gefordert werden kann, auf der anderen man nicht weiß, wie lange der Notherbe die durch das Fideicommiß ihm zugewandten Vortheile genießen wird, und welchen Werth diese haben.

Schmälerung sichern kann, ist dies, daß er dieselben zur Ausstellung eines Erbverzichts zu bewegen sucht[59]), die allerdings lediglich von deren gutem Willen abhängt.

Alles dies, was in Betreff eines im Testament errichteten Fideicommisses gesagt wurde, gilt auch bei dem auf einem Erbvertrag beruhenden, denn nach der consequenten Ansicht ist die römische Lehre vom Notherbenrecht auf Erbverträge zur Anwendung zu bringen[60]).

Nicht anders liegt die Sache, wenn der Stifter das Fideicommiß errichtet hat in codicilli ab intestato, in welchem Falle der Intestaterbe als heres fiduciarius erscheint, der je nachdem das Fideicommiß zu seinen und seiner Descendenten Gunsten oder für eine fremde Familie errichtet, zugleich Fideicommissar ist oder dieses nicht ist. In beiden Fällen nämlich kann der Intestaterbe, wenn er Notherbe ist, den Pflichttheil beanspruchen.

Dagegen könnte es zweifelhaft sein, ob auch in dem Falle, wo der Stifter noch bei seinen Lebzeiten das Fideicommiß in Kraft treten läßt, die Notherben ihren Anspruch auf den Pflichttheil geltend machen können. Hierbei wird man die querela inofficiosi testamenti noch für begründet halten dürfen, wenn das Fideicommiß nach der Anordnung des Stifters in der Person eben dieses seinen Anfang nehmen, nach seinem Tode aber auf einen bestimmten Sohn und dessen Descendenz übergehen soll. Diese letztere Bestimmung ließe sich nämlich behufs ihrer Anfechtbarkeit als donatio mortis caussa auffassen. Abgesehen davon kann der Notherbe nicht die querela inofficiosi testamenti anstellen, denn es liegt hier keine Verletzung des Pflichttheils durch letzwillige Verfügung vor. Allein auch in diesem Falle wird man dem Notherben ein Anfechtungsrecht zusprechen und ihm eine der querela inofficiosae donationis dann geben müssen, wenn das Fideicommiß zu Gunsten der Familie eines seiner Geschwister oder einer fremden gegründet ist[61]). Zu dieser Annahme sind wir um so mehr berechtigt, als jene Klage nach der mir wenigstens richtig scheinenden Ansicht nicht die dolose Absicht des Freigebigen, den Pflichttheil zu schmälern, zu ihrer Voraussetzung hat[62]). Ist das Fideicommiß von vorn herein zu Gunsten des Notherben und seiner Familie ge-

---

[59]) Darauf weist auch Stryck (l. c. VII c. 1 § 25) hin, der, was sich von selbst versteht, noch besonders hervorzuheben für nöthig hält, daß das Fideicommiß gültig wird, wenn die Notherben in die Belastung des Pflichttheiles einwilligen, wie auch Betsius (l. c. VIII § 61) dasselbe für den Fall als zutreffend erklärt, wenn der mit dem Fideicommiß bedachte Notherbe die Stiftung re ipsa, d. h. durch den Erwerb anerkennt.

[60]) Vgl. Beseler, System § 160 N. I.

[61]) Darauf weisen bereits ältere Juristen hin, so Faber, de erroribus pragmaticorum decad. 48 error 6. Knipschildt l. c VI n. 58.

[62]) Vgl. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht § 491. Keller, Pandekten (2. Aufl. Leipz. 1866. 67) § 518.

stiftet, so wird er zwar in gleicher Weise, wie bei dem letztwillig errichteten Fideicommiß, im ersteren Falle die querela inofficiosi testamenti, nicht aber im zweiten die querela inofficiosae donationis anstellen können. Denn es ist doch nicht möglich, daß derjenige, zu dessen Gunsten ein derartiges Geschäft wenigstens zugleich abgeschlossen ist, dasselbe als inofficios anfechten darf.

Eine Abweichung von den hier aufgestellten Grundsätzen ist nach den Particularrechten anzunehmen, welche wegen Nichthinterlassung des Pflichttheils niemals Ungültigkeit der im Testament vorgenommenen Erbeseinsetzungen eintreten lassen, sondern stets nur eine Klage auf den Pflichttheil geben, so nach preußischem[63]), österreichischem[64]) und dem neueren sächsischen Recht[65]). Nach diesen Rechten nämlich kann niemals die ganze Fideicommißstiftung ungültig werden, sondern nur eine Schmälerung des Bestandes derselben eintreten.

Bei Universalfideicommissen kann der Erbe die quarta Falcidia oder, wie man sie gewöhnlicher nennt quarta Trebellianica abziehen. Ist dieser Abzug auch bei Familienfideicommissen begründet? Hierbei ist nun zunächst zu bemerken, daß derselbe gar nicht möglich ist bei Familienfideicommissen, die auf einem Geschäft unter Lebenden beruhen. Denn nur der Erbe kann die Quart abziehen; dieser fehlt aber hier. Doch auch bei einem durch Erbvertrag begründeten Familienfideicommiß ist dasselbe zu sagen, da selbst wenn das Fideicommiß nicht zu Gunsten des Vertragserben errichtet, diesem vielmehr die Restitution desselben an einen anderen auferlegt wäre, der Erbe doch keinen Anspruch auf die Quart haben würde[66]). Dagegen wäre der Abzug an sich denkbar bei einem testamentarisch errichteten Familienfideicommiß. Denn dieses ist immer als ein Vermächtniß aufzufassen, mag neben dem zuerst Berufenen Niemand zum Erben eingesetzt sein, jener also selbst als Erbe erscheinen, oder ein solcher noch besonders genannt sein. Im letzteren Falle könnte dieser Erbe, wenn die ganze Erbschaft Gegenstand des Familienfideicommisses wäre, die Quart beanspruchen, im ersteren dagegen dürfte der erste Fideicommißbesitzer selbst in seiner gleichzeitigen Qualität als Erbe über den vierten Theil des Fideicommisses, den er ja bei Restitution des Fideicommisses an den Successor in Abzug bringen könnte, frei disponiren. Nichts desto weniger findet dieser Abzug bei Familienfideicommissen nicht Statt, und zwar in Folge einer positiven Bestimmung Justinian's. Dieser verordnet nämlich in Nov. 119 (Authent. 115) c. 11:

---

[63]) § 433. § 516 A. L. R. II, 2. [64]) A. B. G. B. § 775 f.

[65]) B. G. B. § 2600.

[66]) Boehmer, exerc. ad. pand. II p. 441. Vgl. auch die Ausführung der richtigen Ansicht von Beseler (Erbverträge II, 1 S. 277), welche dieser gegen den Widerspruch von Albrecht (kritische Jahrbücher von 1842 S. 339 f.) — eine Meinung, die gleichfalls schon früher ihre Vertreter gefunden hat (s. Leyser, medit. ad pand. vol. V u. VI spec. 402 in fin. coroll.) — aufrecht erhalten (System § 159 N. VI) und der sich auch Gerber (System § 259 Note 4) angeschlossen hat.

Si quando autem aliquis testamentum faciat, et aliquam rem immobilem suae familiae aut alteri cuicumque personae nomine legati reliquerit, et specialiter dixerit nullo tempore hanc rem alienari, sed aut apud heredes aut apud successores illius, cui relicta est, permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere, quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit. An sich geht diese Bestimmung freilich nur auf Familienfideicommisse, deren Gegenstand einzelne Sachen sind, und hindert den Abzug der Quart überall da, wo das Fideicommiß von dem Belang ist, daß dadurch allein oder in Verbindung mit sonstigen Vermächtnissen die Erbschaft überschwert ist[67]; allein die Ausdehnung derselben auf Universalfideicommisse ist unbedenklich. Der ausgesprochene Grund nämlich ist das Veräußerungsverbot des Testators. Und zwar hat dieses deshalb die Kraft, den Abzug der Falcidia zu verhindern, weil dem Testator selbst durch Justinian die Befugniß, jene zu verbieten, ganz allgemein beigelegt war[68]. Denn in dem Veräußerungsverbot wird ein stillschweigendes Verbot des Abzuges des Quart gefunden, und dieses ist ebenso wirksam wie ein ausdrückliches[69]. Da nun dieses Veräußerungsverbot das wesentliche Moment eines jeden Familienfideicommisses ist, mag der Gegenstand desselben ein ganzes Vermögen, oder mögen es einzelne Sachen sein, so liegt auch bei einem Universalfideicommiß in dem nothwendigen Veräußerungsverbot das Verbot, die Quart in Abzug zu bringen[70]. Demgemäß wird auch, zum Theil unter Be-

---

[67]) Das bestimmt auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 6 § 15: „Falcidia hat — nicht Statt — 2do. In Fideicommisso Familiae particulari.“

[68]) Nov. 1 c. 2 § 2 extr.: — Si vero expressim designaverit (scil. testator) non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quaedam iuste et pie relinquenti, lucrum non in percipiendo, sed solum modo pie agendo habentem, et non videri sine lucro huiusmodi esse hereditatem, aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis et coheredibus et fideicommissariis et legatariis et servis et iis, qui ab intestato sunt, et aliis secundum prius a nobis inventam in talibus viam.

[69]) Menochius, consilia vol. IV cons. 374 n. 4. Molina l. c. I c. 17 n. 15.

[70]) Daß die Bestimmung der Nov. 1 c. 2 § 2 nicht auf die Falcidia zu beschränken, sondern auch auf die quarta Trebellianica Anwendung finde, wird bereits von der Glosse zu Nov. 1 c. 2 § 2 und anderen älteren Juristen, wie Gayll (observat. II obs. 138 n. 14 u. 16), Petra (de fideicommissis qu. 15 n. 151), Sande (decisiones Frisicae — Colon. Agripp. 1698 — l. IV c. 7 def. 5), Molina (l. c. I c. 17 n. 11—13), Knipschildt (l. c. VI n. 166), Stryck (l. c. VII c. 1 § 30 sqq.), Lauterbach (collegium pandectarum theoreticum practicum l. 36 t. 1 § 38. P. II [Tubing. 1706] p. 1181 sq. —), behauptet, und wird diese Meinung als die receptior sententia bezeichnet. Freilich

rufung auf die Novelle 119, der Abzug der Quart bei Familienfideicommissen (solchen Majoraten, bei denen ein Veräußerungsverbot besteht, sagt Molina) für unstatthaft erklärt von Molina[71]), Knipschildt[72]), Leyser[73]), Beck[74]), Kreittmayr[75]), Westphal[76]), wie derselbe auch durch das Bayerische Landrecht ausgeschlossen ist[77]).

Natürlich kann der Stifter Sachen, welche nicht in seinem Eigenthum stehen, nicht zu einem Fideicommiß bestimmen[78]); dagegen ist es freilich möglich, wenn der Eigenthümer vorher seinen Consens dazu giebt oder die gedachte Verwendung der Sache nachträglich ratihabirt. Doch sind zwei Fälle hierbei näher zu betrachten: Zunächst der Fall, wo der Stifter gar nicht seine eigene Sache zum Fideicommiß bestimmt, sondern ein Gut seines Erben oder Vermächtnißnehmers, oder aber außer einem ihm gehörigen Gut noch ein anderes seines Erben oder Legatars, welchem er die Herausgabe desselben aufgiebt. Schlägt in diesem Fall der Erbe die Erbschaft oder der Legatar das Vermächtniß nicht aus, so sind sie verpflichtet, die vom Fideicommißstifter bezeichnete Sache zu dem von diesem angeordneten Zweck herzugeben, vorausgesetzt, daß dieselbe nicht mehr werth ist, als das ihnen Hinterlassene beträgt[79]), denn in beiden Fällen stellt sich die vom Stifter gemachte Anordnung dem Erben oder Legatar gegenüber als ein diesen auferlegtes Vermächtniß dar. Die in Betreff des Erben gemachten Beschränkungen gelten indeß nur vom Testamentserben, der Vertragserbe haftet unbedingt. Auch die Sache eines Dritten kann der Stifter unter derselben Voraussetzung so zum Fideicommiß bestimmen, indem er den Erben aufgiebt, dieselbe anzuschaffen[80]). Freilich wird Letzteres wohl kaum vorkommen, wäre auch höchst zweckwidrig,

---

waren auch einige gegen die Ausdehnung, wie Alciat (Paradoxa l. 5 c. 19), namentlich in dem Fall, daß den Kindern die Restitution eines Universalfideicommisses auferlegt war, wie Baldus (zu L. 6 [Jubemus] pr. C. Ad SC. Treb. [6, 49] n. 8).

[71]) L. c. I c. 17 n. 15—18. [72]) L. c. VI n. 165—169.

[73]) L. c. spec. 405 (vol. V u. VI p. 1008 sq.). [74]) L. c. p. 20 sq.

[75]) A. a. O. III C. 10 § 17 N. 2.

[76]) Das teutsche und reichsständische Privatrecht (Leipz. 1783) Th. II Abh. 57 § 25 (S. 241).

[77]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 17 N. 4: „Hat die Trebellianica in Fideicommissis Familiae niemal Statt."

[78]) So läßt auch nicht zu einem Familienfideicommiß bestimmen der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 7 N. 2: „Fremde Sachen oder was gar extra Commercium vel Patrimonium ist."

[79]) § 1 J. De sing. reb. per fid. (2, 24). L. 114 § 3 De legat. I (30). Beim Erben darf der Werth des Guts nur drei Viertel des Hinterlassenen betragen, da dieser noch zum Abzug der Falcidia berechtigt ist, es müßte denn dieser vom Testator ausdrücklich verboten sein.

[80]) § 4 J. De legat. (2, 20). L. 39 § 7 De legat. I (30).

da durch die Weigerung des Dritten, die Sache zu veräußern, die ganze Stiftung vereitelt werden würde, wenn nicht der Stifter selbst für diesen möglicher Weise eintretenden Fall bereits eine Anordnung getroffen hätte[81]).

Der zweite Fall ist der, daß der Stifter dem zur Succession in das Fideicommiß zuerst Berufenen oder auch den folgenden die Pflicht auferlegt, gewisse in ihrem Eigenthum befindliche Vermögensstücke dem Familienfideicommiß hinzuzufügen, ohne aber an den vom Stifter über dieses getroffenen Bestimmungen etwas zu ändern. Hierbei müssen wir unterscheiden, ob das Familienfideicommiß in einer letztwilligen Verfügung hinterlassen ist oder durch ein Geschäft unter Lebenden. Im ersteren Fall hat jene Vorschrift die Natur eines Vermächtnisses. Ist daher die ganze Erbschaft zum Gegenstand des Fideicommisses gemacht, und der zuerst Berufene demnach als Erbe des Stifters anzusehen, so versteht es sich von selbst, daß derselbe sich jener Verbindlichkeit entziehen kann, wenn er das Fideicommiß ausschlägt, in welchem Fall er, wenn er nicht zugleich Intestaterbe des Stifters ist, durchaus keinen Anspruch auf den Nachlaß des Stifters erheben kann. Uebernimmt er dagegen das Fideicommiß, tritt er somit die Erbschaft an, so geht auch das darauf liegende onus auf ihn über. Ist derselbe jedoch zugleich Intestaterbe des Stifters, so kann er, wenn er das Fideicommiß ausschlägt, vorausgesetzt daß der Stifter für diesen Fall keinen Substituten ernannt hat, die Erbschaft desselben ab intestato antreten. Alsdann erhält er die Erbschaft frei von der Fideicommißqualität, und von der Erfüllung der angegebenen Auflage ist natürlich nicht die Rede. Hat aber der Stifter, was die Regel sein wird, einen Substituten ernannt, so hat der Intestaterbe, wenn er das Fideicommiß ausschlägt, nur dann ein Recht am Vermögen des Stifters, wenn er zugleich Pflichttheilsberechtigter desselben ist; in diesem Fall kann er freilich die legitima fordern, und ist ihm diese nicht (ganz oder doch wenigstens zum Theil) hinterlassen, so macht er durch die querela inofficiosi testamenti die ganze Anordnung des Stifters ungültig. Besteht aber das in einer letztwilligen Verfügung begründeten Familienfideicommiß in einzelnen Vermögensstücken, hat also die Errichtung desselben selbst für den zur Succession Berufenen die Natur eines Vermächtnisses, so kann dieser von der genannten Auflage nur durch Ausschlagen des ihm zugedachten Vermächtnisses, d. h. durch ein gänzliches Aufgeben des Anspruchs auf das Fideicommiß sich befreien. Auch hier macht sich übrigens der Grundsatz geltend, daß der Werth des dem zuerst Berufenen durch das Fideicommiß gewährten Vortheils dem des hinzugebenden Guts gleich sein muß[82]). Sicherer wird daher der Stifter seinen Zweck dadurch erreichen,

---

[81]) Molina l. c. II c. 10 n. 70. Knipschildt l. c. V n. 89—93. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 7 N. 2.

[82]) L. 114 § 3 De legat. I (30): Apud Marcellum libro duodecimo digestorum talis quaestio agitatur: quidam ab eo, cui fundum legaverat, fidei-

daß er jene Auflage in die Form einer Bedingung kleidet, von deren Erfüllung alsdann der Erwerb des Fideicommisses überhaupt abhängig ist. Wenigstens dient diese Form dazu, Verwickelungen zu vermeiden, wie sie bei der vorhin behandelten Form alsdann eintreten müssen, wenn der Werth des vom Erben oder Vermächtnißnehmer, d. h. dem ersten Fideicommißbesitzer, dem Fideicommiß zuzufügenden Guts mehr beträgt, als die jenem aus dem Fideicommiß erwachsenden Vortheile. Auf diesen Ueberschuß ist nämlich die in Rede stehende Bestimmung des Stifters nichtig[83]), aber auch nur soweit. Das Gut wird somit, wenn nicht der Eigenthümer aus freiem Antrieb den Willen des Stifters vollzieht, zum Theil Gegenstand des Fideicommisses, zum Theil (nämlich auf jenen Ueberschuß) bleibt es freies Eigenthum des ersten Fideicommißbesitzers, und somit entsteht ein Miteigenthum an dem Gut zwischen dem jedesmaligen späteren Fideicommißbesitzer und den Allodialerben des ersten Besitzers.

Diese Grundsätze sind maßgebend sowohl wenn die in Rede stehende Anordnung in einem Testament getroffen ist, als auch wenn dies in einem Erbvertrag geschehen, vorausgesetzt, daß dieser nicht mit dem zuerst zum Fideicommiß Berufenen geschlossen. Ist Letzteres jedoch der Fall, so ist der Berufene unbedingt zur Erfüllung jener Verbindlichkeit verpflichtet, denn von einer vertragsmäßigen Last kann man sich nicht durch Aufgeben der seinerseits aus dem Vertrage erworbenen Vortheile, also auch nicht der zum Genuß des Fideicommisses Berufenen durch Aufgeben seines Anspruchs auf jenen befreien. Dasselbe ist wohl anzunehmen bei einem im correspectiven Testament errichteten Fideicommiß, welches als erster Besitzer derjenige der Testatoren erhalten soll, der den anderen überlebt. Auch dieser kann nicht, nachdem er das Fideicommiß angenommen, die seinerseits demselben in jenem Testament zugewandten Vermögensobjecte zurückziehen, denn nach der unbedingt für richtig zu haltenden Ansicht, welche auch von der überwiegenden Mehrzahl der deutschen Obergerichte vertreten ist, wird das correspective Testament dem Widerruf des überlebenden Testators durch den Antritt der diesem durch jenes deferirten Erbschaft entzogen[84]).

---

commiserat, ut eum fundum post mortem suam restitueret Sempronio; eiusdem legatarii fidei commiserat, ut Titio daret centum. Quaeritur, quid iuris sit? Et ait Marcellus: si Titio testator centum ex fructibus, quos vivus legatarius perceperit, reliquerit, et legatarius post tantum temporis decessisset, ut ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum; si post acceptum legatum confestim decessisset legatarius, Titii fideicommissum extingui, quia placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est.

[83]) § 1 J. De sing. reb. p. fid. rel. (2, 24): — ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

[84]) Vgl. Beseler, System § 163 N. V.

Endlich ist es noch möglich, daß das Familienfideicommiß in einem einseitigen Geschäft errichtet ist. Hierbei ist die Auflage entweder, wie das ja auch bei letztwilligen Verfügungen möglich, als Bedingung, oder als modus aufzufassen. Welches von beiden im concreten Falle anzunehmen, ist durch die Fassung der Anordnung bedingt. Hat der Stifter gesagt: zur Succession in das Fideicommiß berufe ich den A (und seine Descendenz), wenn er dem von mir gestifteten Fideicommiß, wozu ich mein Grundstück X gewidmet habe, das ihm gehörige Grundstück Z hinzufügt, so erscheint die Auflage als Bedingung[85]), und das Fideicommiß tritt für die Familie A gar nicht in's Leben, wenn nicht der A die Bedingung erfüllt, sein Grundstück dem Fideicommiß zuweist. Hat aber der Stifter gesagt: mein Rittergut X bestimme ich zu einem Familienfideicommiß zu Gunsten des A und seiner Descendenten, doch verpflichte ich den A, das ihm gehörige Vorwerk Z dem gedachten Fideicommiß hinzuzufügen, so ist diese Auflage ein modus[86]), dessen Erfüllung der Stifter, wie dessen Erben fordern können, welche Klage natürlich fortfällt, wenn A auf den ihm zugedachten Vortheil verzichtet; und ebenso geht seine Verpflichtung nur soweit, als der Werth der ihm aus dem Fideicommiß erwachsenden Vortheile beträgt.

Handelt es sich aber um die späteren Fideicommißsuccessoren auferlegte Verpflichtung, gewisse ihnen gehörige Sachen dem Fideicommiß zuzulegen, so kommen lediglich, da im Familienfideicommiß, nach der hier vertretenen Ansicht eine über die Grenzen des römischen Erbrechts hinaus erweiterte Testirfähigkeit sich manifestirt, und jeder spätere Fideicommißbesitzer (d. h. mit Ausschluß möglicher Weise des ersten) im Verhältniß zum Stifter als Vermächtnißnehmer erscheint, die Grundsätze zur Anwendung, welche oben bei einer als Vermächtniß sich darstellenden Fideicommißerrichtung rücksichtlich des zuerst Berufenen aufgestellt sind. Erwirbt ein solcher daher das Fideicommiß, so ist er zur Erfüllung der Auflage des Stifters verpflichtet, vorausgesetzt, daß der Werth der von ihm herzugebenden Sachen nicht mehr beträgt, als der ihm aus dem Fideicommiß erwachsende Vortheil; die Auflage hat hier nämlich gleichfalls die Natur eines Vermächtnisses. Doch ist es aus dem oben bereits angegebenen Grunde für den Stifter rathsamer, jene in die Form einer Bedingung zu kleiden. Die Gültigkeit einer derartigen Anordnung war übrigens schon den älteren Juristen außer Zweifel[87]).

Von Particularrechten enthält über die hier behandelte Frage eine Bestimmung das Bayerische Landrecht im Th. III C. 10 § 12: — „7mo. Was er

[85]) Vgl. L. 60 De C. et D. (35, 1).

[86]) Dies rechtfertigt sich aus Stellen des corpus iuris, wie L. 71 § 1 De C. et D. (35, 1). L. 44 De manum. test. (40, 4). L. 1 C. De don q. s. mod. (8, 55).

[87]) Besold, consilia p. III cons. 133 n. 151 sq. Knipschildt l. c. V n. 94.

(der Fideicommiß-Inhaber) etwan nur per Modum Praelegati, oder gar nicht von dem Fideicommittenten, sondern anderwärts her hat, das gehört nicht zum Fideicommiss, folglich auch nicht zur Restitution, es seye dann 8vo. von dem Fideicommittente ausdrücklich also verordnet, dann da muß Fideicommissarius die Disposition, welche er in einem Stück einmal erkannt hat, auch in all anderen Stücken annehmen und erfüllen". — Hier sind die den oben gegebenen Ausführungen zu Grunde liegenden Principien gesetzlich anerkannt. Außerdem findet sich eine, jedoch nur die Form betreffende, Vorschrift im Preußischen Landrecht. Dieses bestimmt im § 633 I, 12: „Fortwährende Successionsordnungen, welche die Nachkommen auch in Ansehung ihres eigenen Vermögens verpflichten sollen, können nicht durch bloße Erbverträge, sondern nur durch Familienschlüsse gültig errichtet werden". Diese Bestimmung schließt für den Fall, daß der oder die Stifter durch die Stiftungsurkunde Verfügungen über den Fideicommißsuccessoren gehörige Sachen treffen wollen, ausdrücklich nur den Erbvertrag aus, doch wird auch Testament und jede einseitige Verfügung unter Lebenden, wie einfacher Vertrag nach derselben für unzuläßig zu halten sein. Und zwar wird man das Requisit des Familienschlusses aufstellen müssen, mag zu Gunsten der eigenen Familie des oder der Stifter oder zu Gunsten einer fremden die Fideicommißerrichtung geschehen sein. Im letzteren Fall ist natürlich auch der Familienschluß durch Mitglieder dieser fremden Familie zu fassen.

Wir sahen, daß regelmäßig eine Sache im Eigenthum des Stifters stehen muß, um diesem als geeignetes Fideicommißobject zu dienen. Dieses Eigenthum muß aber freies Eigenthum desselben sein. Das hat nicht den Sinn, daß eine Sache, woran dingliche Rechte, z. B. ein für eine Person bestellter Usufruct oder Usus oder Realservituten haften, gar nicht zum Fideicommiß bestellt werden dürfte, sondern nur, daß sich alsdann die Fideicommißqualität nicht in ihrem vollen Umfang geltend machen könnte. Für den Usufructuar, den Pfandgläubiger existirt die erst nach Bestellung des Nießbrauchs, der Hypothek auf das Gut gelegte Fideicommißqualität gar nicht, er hat dieselbe in keiner Weise zu berücksichtigen, sie hindert ihn nicht an der Geltendmachung seiner Rechte. Allen anderen Personen dagegen gegenüber und in allen anderen Beziehungen erscheint das Fideicommiß in voller Wirksamkeit. Mit anderen Worten belastetes Eigenthum kann nur mit diesen Lasten in das Fideicommiß übergehen. Will man diese beseitigen, so muß man natürlich die dadurch Berechtigten zum Aufgeben ihrer Rechte zu bestimmen suchen. Ein an einem Gut gewissen Personen zustehendes Retractrecht schließt die Bestimmung desselben zum Familienfideicommiß nicht aus. Denn der Retract könnte ja erst geltend gemacht werden, wenn das Gut in der Hand des letzten Besitzers frei veräußerlich geworden, also die Fideicommißqualität eben aufgehoben wäre. Demgemäß bestand auch zur Zeit des deutschen Reichs kein Hinderniß für den Eigenthümer eines der Reichsritterschaft immatricilir-

ten Guts[88]), dasselbe mit einem Fideicommiß zu belegen[89]), denn durch die Fideicommißqualität wurden die der Ritterschaft an einem solchen Gut zustehenden Rechte, namentlich das Retractrecht für den Fall, daß das Gut an einen Fremden (nicht zur Corporation Gehörigen) veräußert wurde, nicht alterirt. Natürlich ist hierbei vorausgesetzt, daß die Errichtung des Fideicommisses für die Familie des Eigenthümers selbst oder doch eine der betreffenden Ritterschaft angehörige erfolgte. Anders verhält es sich, wenn eine Sache im Miteigenthum Mehrerer steht, dann kann dieselbe natürlich nicht anders als mit Einwilligung Aller zum Fideicommiß gewidmet werden. Denn auch in dieser Beziehung macht sich der Grundsatz geltend: in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Ein Jeder hat auch hiergegen das ius prohibendi. Und soll die Sache zu Gunsten Eines von ihnen zum Fideicommiß bestimmt werden, so müssen die Anderen ihre Eigenthumsrechte daran vollständig aufgeben.

Einer eingehenderen Erörterung bedarf aber die Frage, ob Güter, an denen ein getheiltes Eigenthum besteht, also Lehngüter und abhängige Bauergüter zu einem Fideicommiß gewidmet werden könnten.

Hierbei ist nun zunächst zu bemerken, daß die Bestellung eines solchen durch den Obereigenthümer nicht sowohl wegen des gegenüberstehenden Untereigenthums — denn das Obereigenthum ist bei abhängigen Bauergütern unbedenklich (da die Persönlichkeit des Obereigenthümers durchaus keinen Einfluß auf das Recht des Bauern, noch auch auf die von diesem zu leistenden Dienste hat), aber auch bei Lehen nach der gemeinen Meinung[90]) ein frei veräußerliches Recht — als vielmehr wegen der Natur und des Zweckes des Familienfideicommisses nicht möglich ist. Um nämlich von Lehen, welche, wenn das Obereigenthum ja noch einmal in den Händen von Privaten sein sollte, so gut wie gar keinen Ertrag dem Obereigenthümer gewähren, ganz zu schweigen, können die Leistungen, welche bei abhängigen Bauergütern vorkommen, niemals als ein genügendes Fideicommißobject, wodurch sich das Ansehen einer Familie erhalten ließe, angesehen werden. Natürlich aber gehören zu dem aus einem Rittergut bestehenden Familienfideicommiß als dessen Pertinenzen auch die von den zu jenem gehörigen abhängigen Höfen an dasselbe resp. dessen Herrschaft zu gewährenden Prästationen. Ebenso können auch die zur Ablösung des Obereigenthums von abhängigen Bauern gegebenen Summen, in Verbindung mit einem anderen tauglichen Object, oder wenn sie (was allerdings nur bei einer größeren Zahl abhängiger Güter der Fall sein wird) einen größeren Betrag ausmachen, für sich allein zu einem Familienfideicommiß bestimmt werden.

---

[88]) Eichhorn, deutsche Rechtsgeschichte IV § 539 Note 11.

[89]) So bemerkt Richter, de fideic. fam. p. 115—117.

[90]) Vgl. Beseler, System § 109 N. I. Gerber, System § 119.

Es handelt sich also hier nur um die Befugniß des Vasallen aus dem Lehngut, und des Besitzers eines abhängigen Bauerguts aus diesem ein Fideicommiß zu errichten, oder ein solches einem Fideicommiß zuzufügen.

Bei dem Lehn sind nun zwei Weisen möglich, auf welche der Vasall dies beabsichtigen kann; entweder so, daß das Gut aus dem bestehenden Lehnsverbande ganz ausscheidet, und an des letzteren Stelle eben die Fideicommißqualität tritt, oder so daß es in jenem verbleibt, und zu der Lehnseigenschaft die Fideicommißqualität noch hinzutritt. Das Erstere ist schon dann anzunehmen, wenn der Stifter zur Succession in das Fideicommiß die Familie einer nicht im Lehnsverbande befindlichen Person beruft[91]), wenn nicht ausdrücklich die Ratihabition des Herrn vorbehalten, und diesem seine Rechte gewahrt sind. Denn wenn der Vasall zu einer solchen Veräußerung nicht den Consens des Herrn nachsucht, obwohl ihm die Lehnseigenschaft des Guts bekannt, so ist es augenscheinlich, daß er dem Herrn das Lehn entziehen will. Die zweite Art liegt vor, wenn das Fideicommiß lediglich zu Gunsten von Lehnspersonen errichtet wird. Ob daher durch die Belegung eines Lehnguts mit der Fideicommißqualität der Charakter des Lehns aufgehoben wird, ist quaestio facti, muß lediglich den Anordnungen der Stiftungsurkunde entnommen werden, und es ist das nicht so unbedingt mit Kämmerer[92]) und Demuth[93]) zu leugnen. An eine solche Fideicommißstiftung, durch welche die Lehnsqualität beseitigt wird, muß Kerstan[94]) gedacht haben, wenn er bemerkt: Per fideicommissum familiae perpetuum etiam in feudo mere hereditario dominus directus plane it perditum ius aperturae feudi et caducitatis, iurisdictionem in feudo u. s. w., wie das auch von Mantzel[95]) richtig hervorgehoben wird. Daß man in der That diese beiden Arten der Widmung eines Lehns zum Familienfideicommiß unterscheiden muß, ergiebt sich daraus, daß auch der Consens zur Veräußerung eines Lehnguts in zweifacher Weise nachgesucht und ertheilt werden kann, entweder so daß der Herr sein Obereigenthum aufgiebt, und also das Lehn zum Allod wird, oder so daß nur das dominium utile veräußert wird, an die Stelle des vorigen also ein anderer Vasall tritt[96]). Gewöhnlich hat man allerdings nur den zweiten Fall

---

[91]) Arg. I F. 13 § 3. II F. 39 pr., wonach nur eine Veräußerung an solche Personen als eine gesetzwidrige angesehen wird.

[92]) Rechtsgutachten, das Erbjungfernrecht im Gräfl. von Bothmer'schen Fideicommisse betreffend (1837) S. 8.

[93]) De confirmatione fideicommissorum familiae feudalium (Lips. 1804) p. 48: In fideicommissis familiae iura domini, quantacunque sint, non solum non laedi, verum etiam ne tangi quidem videntur.

[94]) De fideicommisso perpetuo familiae in feudo (Lips. 1731) § 28.

[95]) De fideicommissi familiae qualitate feudo superaddita (Rost. 1742) p. 8.

[96]) Diese zwiefache Möglichkeit wird hervorgehoben im Cod. Max. Bav. civ. IV C. 18 § 31: „5to. Wird der Consens auf zweyerley Weis ertheilt, nemlich

vor Augen, wenn man von der Widmung von Lehngütern zu Familienfideicommissen spricht, so die Lehrbücher von Eichhorn[97]), Beseler[98]), Hillebrand[99]), Gerber[100]) und Walter[101]). Auch führt Demuth für die Richtigkeit seiner Behauptung eine Stelle aus Moser's Familien-Staats-Recht[102]) an, wo es heißt, daß die in mehreren fürstlichen und gräflichen Häusern getroffenen Primogenitur-Verordnungen auch ohne den Consens des Particular-Lehnsherrn vom Reichshofrath für gültig anerkannt worden. Allein diese Stelle kann gegen die hier vertretene Ansicht nichts beweisen. Denn Familiengesetze, mögen sie nun blos eine neue Successionsordnung einführen oder auch ein Veräußerungsverbot enthalten, dürfen ihre Verfügungen nur zu Gunsten der Familie treffen, von deren Mitgliedern sie erlassen; in diesem Fall kann also die rücksichtlich der Fideicommisse hervorgehobene erste Art der Disposition über ein Lehn gar nicht eintreten.

War nun die Widmung eines Lehnguts zum Familienfideicommiß in der ersten Weise beabsichtigt, so liegt eine Veräußerung des Lehns vor[103]), welche nicht nur nichtig ist, sondern auch für den Stifter selbst, wenn ihm die Lehnsqualität des Guts bekannt war[104]), und er das Fideicommiß noch bei seinen Lebzeiten in Kraft treten läßt, Verlust des Lehns zur Folge hat[105]). Der Herr kann demnach jederzeit das Gut aus der Hand des Fideicommißbesitzers zurückfordern und an sich ziehen[106]). Ebenso aber können alle Agnaten und andere Lehnsberechtigten, wenn das Lehn auf Grund ihres Successionsrechts an sie fallen sollte, das Gut vom jeweiligen Besitzer vindiciren[107]), auch sofort beim Inslebentreten des Fideicommisses von ihrem Retractrecht Gebrauch machen[108]). Den Descendenten des Stifters (in seiner Eigenschaft als Veräußerer des Lehns) steht freilich die Revocationsklage nicht zu[109]), da dieselben nach dem Tode des letzteren als Universalsuccessoren seine Verfügun-

---

daß entweder das ganze Lehen sowol mit dem Dominio directo als utili veräußert, und allodial gemacht, oder aber nur das Utile allein an einen Dritten überlassen, mithin statt des vorigen ein anderer Vasall substituirt werde. Das letztere wird in Zweifel allzeit mehr, als das erste gemuthmasset, sonderbar wenn der Consens-Brief die Clausulam: Salvo Iure in sich halt, als welche zwar ohnehin schon allzeit stillschweigend mitinbegriffen ist."

97) Einleitung § 368 N. I.
98) System § 176 N. II.
99) Lehrbuch § 70.
100) System § 84 Note 2.
101) System § 470 N. II.
102) Th. I C. 2 § 110.
103) Knipschildt V n. 110 sq.
104) II F. 26 § 20. II F. 42.
105) II F. 52. II F. 55 pr.
106) II F. 40 § 1.
107) II F. 26 § 14. II F. 39 pr. Capit. extraord. Jac. de Ardizone II F. 83.
108) II F. 26 § 14.
109) II F. 26 § 14. § 18. II F. 31. Capit. extraord. Jac. de Ardizone II F. 83.

gen anerkennen müssen[110]) und eben so wenig können sie das Retractrecht geltend machen[111]). Die Fideicommißstiftung kann demgemäß nur gültig werden durch Genehmigung des Lehnsherrn und sämmtlicher lebender Agnaten, sowie Mitbelehnter und Eventualbelehnter[112]), was dann allerdings einer Allodification des Lehns gleichkommt. Diese Grundsätze hat bereits das Bayerische Landrecht aufgestellt, indem es im Th. III C. 10 § 7 N. 1 bestimmt, daß mit einem Familienfideicommiß nicht belegt werden könnten: „Die Lehen ohne des Lehen-Herrns und sammentlicher Interessenten Bewilligung, ausser soweit auch sonst mit selben disponiren zu darffen, von Rechts-wegen erlaubt ist“ [113]).

Bei veräußerlichen Lehen, welche dieses auf Grund des Lehnsvertrags sind, ist zur Errichtung eines Fideicommisses mit dieser Wirkung der lehnsherrliche Consens erforderlich, wenn nicht durch den Investiturvertrag die freie Veräußerung des Lehns als Allod dem Vasallen gestattet ist[114]). Denn mag der Herr die Veräußerung des Lehns in dieser Eigenschaft an eine lehnsfähige Person gestattet haben, oder aber auch so, daß es in der Hand des Erwerbers

---

[110]) II F. 45; vgl. Eichhorn, Einleitung § 228. Beseler, System § 112 N. III. § 154 am Anf. Dies ist im älteren sächsischen Recht ausdrücklich festgesetzt; so durch das Torgauische Ausschreiben von 1583. Dagegen finden sich in neueren Particularrechten abweichende Bestimmungen, so §§ 268—270. A. L. R. I, 18. Bayerisches Lehnsedict vom 7. Juli 1808 § 122. Hannöversches Gesetz vom 13. April 1836 § 28.

[111]) Vgl. Beseler, System § 112 N. VI. Die entgegengesetzte Ansicht halte ich sowohl mit Rücksicht auf die Ausschließung der Descendenten des Veräußerers von der Revocationsklage, als auf II F. 26 § 14 für irrig. Wenn Hillebrand, Lehrbuch § 86 Note 24 bemerkt, daß jene Meinung sich aus der Natur des retractus gentilitius ergebe, zu welcher Retractart auch der Lehnsretract gehöre, so hat er übersehen, daß der retractus gentilitius allerdings, als Surrogat des Beispruchsrechts auch den Descendenten des Veräußerers zustehen mußte, da diese eben nach dem deutschen Recht des späteren Mittelalters nicht als Universalsuccessoren ihres Ascendenten angesehen werden, wogegen nach longobardischem Lehnrecht die Descendenten als solche gelten.

[112]) Daß an solchen Consens auch die gesammte erst später geborene Descendenz der Consentirenden gebunden ist, darf heutzutage als die gemeine Meinung angesehen werden. Vgl. Beseler, System § 112 N. V. Hillebrand, Lehrbuch § 86 Note 23. Gerber, System § 127. Particularrechte weichen freilich ab. Das Preußische Landrecht läßt nur die noch nicht geborenen oder noch in väterlicher Gewalt befindlichen Descendenten, die anderen dagegen nur, wenn sie Erben der Consentirenden geworden sind, durch die Einwilligung dieser binden: §§ 309. 310 A. L. R. I, 18; das Bayerische Lehnsedict § 129 nur die Erben der Consentirenden, nicht aber deren Descendenten.

[113]) Vgl. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 7 N. 2.

[114]) II F. 26 § 25; vgl. Gerber, System § 127 Note 6.

Allod wird, bei dem jedoch zu Gunsten des Herrn die lehnrechtlichen Regeln über den Heimfall des Guts maßgebend sind, so verliert der Herr durch die hier behandelte Art der Errichtung eines Familienfideicommisses das ihm sonst zustehende Consolidationsrecht. Es wird also dadurch seine Lage verschlechtert, weshalb dieselben Regeln, wie bei einer gewöhnlichen Alienation maßgebend sind. Aus demselben Grunde gilt bei den auf particularrechtlicher Norm beruhenden veräußerlichen Lehen dasselbe, selbst wenn der Herr seinen Consens zu Veräußerungen nicht verweigern darf[115]). Ob der Consens der Agnaten bei den durch den Investiturvertrag veräußerlichen Lehen erforderlich sei, hängt lediglich davon ab, ob nach jenem den Agnaten bei Alienationen das Revocationsrecht zusteht oder nicht. Bei den particularrechtlich veräußerlichen Lehen ist ihr Consens bei der Errichtung von Familienfideicommissen nicht nothwendig, da sie den ihnen zuweilen vorbehaltenen Retract[116]), oder das nach Anfall der Succession zustehende Reluitionsrecht[117]) hier, wo es sich nicht um ein Kauf- oder ähnliches Geschäft handelt, nicht geltend machen können.

Particularrechtlich sind zuweilen besondere Bestimmungen über die Umwandelung der Lehen in Familienfideicommisse getroffen, so durch das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837, welches im § 21 bestimmt: „Lehnbare Rittergüter und deren lehnbare Zubehörungen, so wie die zu Gunsten der Mitbelehnten des Besitzers auf solchen Lehnen haftenden Lehnstämme werden durch Auflösung des Lehnverbandes und Eintragung des Lehnaufhebungsgeschäfts in das Hypothekenbuch in Familienstammgut verwandelt", und das preußische Gesetz betreffend die erleichterte Umwandlung Alt-Vorpommerscher und Hinterpommerscher Lehen in Familienfideicommisse vom 10. Juni 1856, welches in § 1 anordnet: „Alt-Vorpommersche und Hinterpommersche lehnmäßig (im richtigen Lehngange) besessene Lehngüter können in beständige Familienfideicommisse für die zur Lehnssuccession berechtigten Familienglieder umgewandelt werden, wenn sie mindestens einen Reinertrag von zweitausend Thalern jährlich nach einem landüblichen Wirthschaftsanschlag gewähren." Das letztere Gesetz verlangt ausdrücklich, wenn die Umwandelung des Lehns in Fideicommiß auch für die Agnaten und Mitbelehnten in Kraft treten soll, deren Einwilligung. Der § 2 lautet nämlich: „Erfolgt die Umwandlung nur für die durch die Lehnfolge vor den Agnaten und Mitbelehnten berufenen Descendenten des Besitzers, so bedarf es einer Zuziehung der Agnaten und Mitbelehnten nicht. Soll die Umwandlung auch für die Agnaten und Mit-

---

[115]) Mecklenburgische Declaratorverordnung vom 2. Februar 1802. S. Roth, Mecklenburgisches Lehnrecht (Rost. 1858) § 64 ff. Schweder, über die hinterpommersche Lehnsconstitution (Rost. u. Wism. 1755) Tit. 22 S. 180 ff.

[116]) Mecklenburgische Declaratorverordnung von 1802.

[117]) Schweder a. a. O. S. 229 f.

belehnten geschehen, so genügt zur Gültigkeit der Stiftung für sämmtliche Agnaten und Mitbelehnten die Zustimmung der im Lehns- und Successionsregister eingetragenen Häupter der vorhandenen Lehnslinien (Deklaration vom 11. Juli 1845, G. S. 482). Der Stifter ist berechtigt, diese Eingetragenen durch den Fideicommißrichter zu einem Termin von sechsmonatlicher Frist unter der Verwarnung, daß die Nichterschienenen für zustimmend erachtet werden, vorladen zu lassen, und zwar die dem Aufenthalt nach bekannten durch besondere Verordnungen, die übrigen durch Edictalien, welche mittelst Aushanges an der Gerichtsstelle und dreimaliger Einrückung in zwei Zeitungen, von denen eine die der Provinz, mit angemessenen Zwischenräumen bekannt gemacht werden. Es ist hinreichend, wenn die Vorladung aus der beabsichtigten Fideicommißstiftung den Namen des Stifters und der zum Fideicommiß zu widmenden Güter enthält. Fehlt die Zustimmung eines oder mehrerer der Eingetragenen, so kann dennoch die Stiftung resp. Bestätigung des Fideicommisses, jedoch dann nur mit Vorbehalt der Lehnrechte der Dissentirenden und ihrer Linien, erfolgen. Auch sind in solchem Falle die erst nach den Dissentirenden zur Lehnfolge berechtigten Agnaten und Mitbelehnten an die von ihnen oder ihren Vorfahren gegebene Zustimmung nicht gebunden, sobald die Dissentirenden inzwischen das Gut nach Lehnrechten und nicht als Fideicommiß angenommen haben." Seitdem jedoch durch das Gesetz vom 4. März 1867 der Lehnsverband in Alt-Vorpommern und Hinterpommern aufgelöst ist, bedarf es dieser Einwilligung der Agnaten und Mitbelehnten nicht mehr[118]).

Hat der Herr bei der Consensertheilung sich seine Rechte auch gegenüber der bisher nicht im Lehnsverbande befindlichen Familie, zu deren Gunsten das Fideicommiß errichtet, vorbehalten, so daß also diese in den Lehnsverband eintritt, so verwandelt sich dieser Fall in den folgenden.

In diesem zweiten Falle will der Vasall das Lehnsverhältniß bestehen lassen und demselben nur die Fideicommißqualität hinzufügen. Hier ist natürlich von einer Alienation nicht die Rede. Die durch die Fideicommißstiftung herbeigeführte Veränderung besteht lediglich darin, daß jede Veräußerung, einschließlich einer Verschuldung, des Lehns verboten wird. Dieses letztere will allerdings Mantzel[119]) nicht unbedingt zugeben, vielmehr das Verbot auf die gesetzlichen Lehnschulden sich nicht beziehen lassen. Doch da die Lehre

[118]) Gesetz vom 4. März 1867 § 6: „Der Lehnsmann, in dessen Händen nach §§ 3. 4. 5 die Lehnseigenschaft aufhört, hat die Wahl, ob er das Lehn entweder 1) gegen eine Abfindung von vier Procent des Lehntaxwerthes (bei Geldlehnen und Lehnstämmen des Kapitalwerthes) in Allode oder 2) nach den Bestimmungen der §§ 1. 2 des Gesetzes vom 10. Juni 1856 (Gesetz-Samml. S. 554) in ein Fideicommiß für die zum Lehn berechtigte Familie dergestalt verwandeln will, daß er selber in die Stellung des ersten Fideicommißbesitzers eintritt. Einer Einwilligung der Agnaten und Mitbelehnten bedarf es dazu nicht.

[119]) A. a. O. S. 19 f. S. 25 f.

von den Lehnschulden nicht für die Familienfideicommisse maßgebend ist, so kann sie auch in dem vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen, vielmehr lediglich das bei Familienfideicommissen überhaupt rücksichtlich der Verschuldung geltende Recht. Natürlich darf hier, wie bei jeder Fideicommißerrichtung, der Stifter die Verschuldung des Guts bis auf eine gewisse Höhe und für gewisse Verbindlichkeiten gestatten. Daneben kann auch wohl eine dem Zwecke des Familienfideicommisses, der Erhaltung des Ansehens der berufenen Familie mehr entsprechende Successionsart, namentlich Individualsuccession eingeführt werden [120]). Aenderungen, welche ebenso auch durch den Lehnsvertrag gemacht werden können. Was das Erste betrifft, so hat dieses nur da einen Sinn, wo die Lehngüter veräußerlich sind und verschuldet werden können [121]). Um des zweiten Punktes willen kann die Stiftung überall vorkommen, wo gemeines Lehnrecht gilt. Abgesehen davon macht sich die Fideicommißeigenschaft noch darin geltend, daß die Descendenten des Vorbesitzers dessen Allodialnachlaß ausschlagen können, und alsdann nicht für die Schulden desselben zu haften haben, indem die in dieser Beziehung maßgebenden Grundsätze des Lehnrechts (II F. 45. II F. 51 § 4) durch die engere Norm des Fideicommisses ausgeschlossen werden [122]).

Da hier eine Veräußerung nicht vorliegt, überhaupt das Recht des Herrn in keiner Weise alterirt wird [123]), so bedarf es des Consenses des Herrn nicht [124]), wenn es sich auch empfehlen wird, denselben einzuholen, um das Verhältniß ganz klar zu stellen und namentlich allen Erörterungen beim künftigen Nachsuchen um die Investitur überhoben zu sein [125]); alsdann aber wäre es am besten, der Fideicommißqualität des Guts im Investiturvertrage Erwähnung zu thun [126]).

---

[120]) Letzteres allein läßt das preußische Recht zu. Es heißt nämlich § 50 A. L. R. II, 4: „Lehne können zwar in Fideicommisse nicht verwandelt, wohl aber darin eine Successionsordnung, wie bei Fideicommissen, mit Beistimmung aller Interessenten eingeführt werden."

[121]) Mantzel l. c. p. 11—14.

[122]) Das wird anerkannt in einem Präjudiz des Ober-Tribunals zu Berlin vom 13. October 1851 (N. 2312. Entscheidungen XXI S. 257).

[123]) Mantzel p. 20 sq.

[124]) Demuth l. c. p. 48—55; vgl. auch Horn, iurisprudentia feudalis (Witteb. 1695) c. 14 § 10. G. L. Boehmer, principia iuris feudalis § 147. Schnaubert, Comment. über die Böhmer'schen principia iuris feudalis (3. Aufl. Braunschw. 1799) l. I sect. 1 c. 9 § 148 S. 555 f. Auch aus I F. 13 § 3 (— stabilis permanet — fratri — vel nepoti per libellum facta alienatio etiam sine voluntate domini) und II F. 39 pr. (— Sed licet prohibeatur beneficii alienatio, inter agnatos tamen, si paternum fuit, conceditur) geht dies hervor.

[125]) Vgl. Mantzel l. c. p. 10. Schnaubert a. a. O.

[126]) Mantzel l. c.

Salza[127]) macht für das Erforderniß des lehnsherrlichen Consenses, ohne zwischen der vorigen Art der Fideicommißerrichtung und der jetzt behandelten zu scheiden, geltend, daß durch die Fideicommißerrichtung dem Herrn das ihm zustehende Vorkaufsrecht verloren gehe und das ihm gebührende Eröffnungsrecht suspendirt werde. Aber weder das Eine noch das Andere trifft bei dieser Art der Fideicommißstiftung zu. Das Eröffnungsrecht steht hier dem Herrn ganz eben so früh zu, als ohne die Fideicommißerrichtung, nämlich wenn die zum Lehn berechtigte Familie ausgestorben ist. Denn die Repudiation eines einzelnen Familiengliedes zu Gunsten des Herrn, wodurch allerdings eine temporaire Consolidation begründet wird, kommt als außerhalb der Berechnung liegend, hier gar nicht in Betracht. Kann ja doch auch bei bestehender Fideicommißqualität ein Fideicommißbesitzer den Fruchtgenuß des Lehnguts dem Herrn überlassen. Das Vorkaufsrecht ist allerdings durch das Fideicommißband ausgeschlossen, da durch dieses jede Veräußerung des Lehns Seitens des besitzenden Vasallen verboten. Allein dies könnte, wie bereits Demuth[128]) richtig bemerkt, nur dann als Verletzung eines dem Herrn wirklich zustehenden Rechts angesehen werden, wenn der Herr die Befugniß hätte, dem Vasallen die Veräußerung des Guts, in welchem Fall er doch allein von seinem Retract Gebrauch machen könnte, zu befehlen.

Particularrechtlich kommen jedoch Abweichungen vor. So fordert das Bayerische Landrecht den Consens des Herrn, denn daß die Bestimmung des Th. III C. 10 § 7 N. 1[129]) auch für den jetzt behandelten Fall maßgebend ist, geht hervor aus der Anordnung des Th. IV C. 18 § 46: „1mo. Letztwillige Dispositiones oder Pacta Successoria über Lehen-Güter seynd ohne Lehen-herrlichen Consens nur in Feudis alienabilibus von einer Gültigkeit. — 5to. Kan ausser obgedacht-veräusserlichen Lehen eine letztwillige Disposition oder Erbeinigung ohne Lehen-herrlicher Bewilligung nicht einmal in Ansehen deren Kindern und Descendenten, geschweigens der Agnaten oder Auswärtiger bestehen." Die Folge der Nichteinholung des Consenses ist somit Nullität der Disposition, eine weitere Strafe wird jedoch dadurch nicht verwirkt. Ebenso bestand bei dem Mecklenburger Lehnhof eine Observanz, wonach zur Errichtung von Fideicommissen zu Gunsten der zur Lehnsfolge schon berufenen Agnaten die lehnsherrliche Genehmigung verlangt wurde. Auch wurde dieses Erforderniß durch einige Juristen aufgestellt. Veranlassung war die Bestimmung des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs von 1755 § 445, wo es heißt: — „wollen wir auch zum Aufnehmen und zur Erhaltung unserer Ritterschaft nicht entgegen seyn, daß sie Fideicommisse und Majorate in unsern Landen wegen der neu acquirirten Lehngüter errichten. Jedoch wollen

[127]) Familienfideicommisse S. 63.

[128]) L. c. p. 54.

[129]) S. oben S. 71.

wir bey der verheissenen Verfassung des Lehnrechts über eine allgemeine Landesordnung, nach welcher dieselbige einzuführen, uns zuvor mit einander vereinbaren." Man machte nämlich geltend, daß aus den Worten „wollen wir nicht entgegen seyn" hervorgehe, daß sich der Lehnsherr die Prüfung für den einzelnen Fall vorbehalte, und ebenso folgerte man aus den Schlußworten, daß bis eine Lehnsordnung vereinbart, es bei dem alten Recht, wonach die Einführung von Majoraten und Fideicommissen bei Lehngütern lehnsherrliche Einwilligung vorausgesetzt habe, verbleiben solle[130]). Doch war G. L. Böhmer der Ansicht, daß in solchem Falle bei Unterlassung des Nachsuchens des Consenses nicht die Nichtigkeit der ganzen Disposition eintrete, da dieses nicht im Erbvergleich bestimmt wäre[131]). Jedenfalls würde bei dieser Art der Fideicommißerrichtung, eben so wenig als bei der vorigen dem Herrn die Befugniß zustehen, seinen Consens zu verweigern. Auch das Sachsen-Weimarische Gesetz über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form vom 22. April 1833 fordert für diese Art der Fideicommißerrichtung, wenn dieselbe eine Aenderung der Successionsordnung zur Folge hat, lehnsherrlichen Consens. Es heißt nämlich im § 5: „Soll ein Fideicommiß an einem Lehengute errichtet werden: so ist neben der landesherrlichen auch die lehnsherrliche Einwilligung einzuholen, sofern eine Veränderung der durch die besondere Lehnseigenschaft des Guts begründeten Nachfolgeordnung beabsichtigt wird." Desgleichen schreibt das Hannoversche Gesetz über die Errichtung von Familienfideicommissen vom 13. April 1836 das Nachsuchen des lehnsherrlichen Consenses vor[132]), jedoch mit der Maßgabe, daß derselbe nicht verweigert werden dürfe. Es verordnet dasselbe nämlich im § 36: „Die Fideicommiß-Stiftung

---

[130]) Quistorp, rechtl. Erachten, betr. die Auseinandersetzung des Hauses Bothmer von 1788, bei Mellmann, de fideicommissis fam. nob. ex iure Megapol. et Slesv.-Holsat. (Alton. et Lips. 1793) p. 129 sq. und G. L. Böhmer in einem Gutachten über dasselbe Bothmer'sche Fideicommiß bei Mellmann l. c. p. 157.

[131]) Vor dem Erbvergleich hatte allerdings ein Rescript des Herzogs Christian Ludwig vom 5. October 1751 die Nullität der „Fideicommissification in feudis ohne lehnherrliche Confirmation" ausgesprochen; vgl. Becker, de valore fideicommissorum tam ultima voluntate quam conventione constitutorum (Rost. 1732) § 12.

[132]) Daß dieses Gesetz seine Anordnungen nur mit Rücksicht auf die jetzt behandelte Art der Bestimmung von Lehngütern zu Familienfideicommissen trifft, zeigt § 29 (s. u. S. 79) und § 32: „Bei Bestimmung des nächsten Successors darf der Stifter des Majorats seinen nächsten Lehnfolger nicht übergehen; sind mehrere nächste Lehnfolger gleich berechtigt, so hat er aus deren Zahl einen zum Nachfolger zu erwählen. Sämmtliche unter der Belehnung begriffene Personen sind jedoch nach der Ordnung der Primogenitur in das Fideicommiß aufzunehmen und succediren in dasselbe nach der darin festgesetzten Ordnung, auch ohne ausdrückliche Benennung schon Kraft des Gesetzes."

tritt in Kraft, sobald die von dem Stifter in der Form einer einseitigen Disposition darüber errichtete Urkunde von Uns oder in Unserem Namen, und soweit Lehngüter darunter begriffen sind, auch lehnsherrlich bestätigt, und ein Auszug daraus, welcher jedoch auf eine genaue Bezeichnung der Gegenstände des Fideicommisses beschränkt bleiben kann, auf Verfügung Unseres Ministerii öffentlich bekannt gemacht ist. — So wenig die landesherrliche, als die lehnsherrliche Bestätigung kann versagt werden, wenn die Fideicommiß-Stiftung den obigen Bestimmungen (§§ 29—35) gemäß ist. Der Lehnsherr kann zu dieser Bestätigung im gerichtlichen Wege genöthigt werden; die Entscheidung über die landesherrliche Bestätigung bleibt jedoch Uns und Unserem Ministerio vorbehalten." Dagegen ist durch die bereits oben angezogene Bestimmung der Chursächsischen Erläuterten Proceß-Ordnung ad tit. XLV § 7: „daß — Fideicommissa (scil. familiae) wofern selbige nicht bei Lehengütern von dem Lehenherrn —, damit es zu jedermanns Wissenschaft gelangen könne, confirmiret und Consens darüber ertheilt worden, wider die Creditores et Possessores tertios von keiner Gültigkeit seyn solle"; nicht die Gültigkeit der Fideicommiß-Errichtung überhaupt bedingt, so daß bei Nichtbeobachtung der Vorschrift der Lehnsherr die Stiftung anfechten könnte, sondern, wie schon oben gesagt, gilt dieselbe nur zu Gunsten der Gläubiger und bonae fidei Besitzer.

Rücksichtlich der Frage, ob der Consens der Agnaten, wie der Mitbelehnten und Eventualbelehnten, erforderlich sei, scheidet zunächst der Fall ganz aus, wo der erste (alleinige) Erwerber des Lehns demselben gleich die Fideicommißqualität beilegt, und die dadurch herbeigeführten Modificationen der Rechte der Vasallen im Lehnsvertrage festgestellt werden. Hieran sind alle Interessenten gebunden, denn der Lehnsvertrag, als lex investiturae, bildet die Richtschnur des ganzen Verhältnisses. Hiervon abgesehen ist aber zwischen Descendenten des Stifters und den Agnaten und sonstigen Lehnsberechtigten zu unterscheiden. Des Consenses der ersteren bedarf es nicht, denn sie müssen alle Verfügungen ihres Vaters oder sonstigen Ascendenten über das Lehn anerkennen [133]). Dagegen haben die Agnaten, Eventualbelehnten und Mitbelehnten in Folge der successio ex pacto et providentia maiorum einen festbegründeten Anspruch auf die Succession in das Lehn in seiner jetzigen Gestalt in bestimmter gesetzlicher (höchstens durch den Investiturvertrag modificirter) Ordnung, welcher ihnen durch keine Verfügung des Vorbesitzers, selbst nicht einmal mit Consens des Herrn entzogen werden kann [134]). Sie können

---

[133]) So verordnet auch das Sächsische Lehnsmandat von 1764 Tit. 1 § 4, daß „einem Lehnmanne das ihm zustehende Lehnguth einem Sohne vor dem andern durch seinen letzten Willen dergestalt, daß die übrigen Söhne und Miterben zu dessen Erfüllung gehalten sind, zuzueignen freystehet."

[134]) Demuth l. c. p. 33. Beim Weiberlehn stehen die Cognaten den Agnaten gleich, und zwar ohne Unterschied, ob es ein durchgehendes oder subsidiaires

demnach eine solche Anordnung, zu der sie nicht ihren Consens gegeben, da eine Nöthigung, facta defuncti zu prästiren, bei ihnen nicht besteht, ihrer Zeit anfechten.

Anders verhält es sich freilich beim reinen Erblehn, da hier lediglich die Grundsätze des Civilerbrechts maßgebend sind[135]). Die Agnaten müssen daher die Verfügungen des Stifters anerkennen[136]). Hat aber hiervon abgesehen ein Besitzer des Lehns dasselbe zu einem Familienfideicommiß gemacht, so besteht die Fideicommißqualität so lange, als das Lehn in den Händen seiner Descendenten ist; fällt es an eine andere Linie der zum Lehn berechtigten Familie, oder kommt es an Mitbelehnte oder Eventualbelehnte, so erlischt jene[137]). Indeß es wird sich dies nur dann geltend machen, wenn der Stifter des Fideicommisses eine abweichende Successionsordnung, namentlich Individualsuccession eingeführt hat. Hat derselbe dies unterlassen, wie es ja überhaupt nichts Wesentliches bei einer Fideicommißstiftung ist, handelt es sich also lediglich um ein Veräußerungsverbot, so liegt zwar auch hierin eine Beschränkung der Rechte der Agnaten, welche dieselben an sich nicht anzuerkennen brauchten. Doch ist hierbei zu beachten, daß, wie ich schon oben bemerkte, ein bloßes Veräußerungsverbot bei der Widmung eines Lehnguts zum Familienfideicommiß nur bei veräußerlichen Lehen vernünftiger Weise vorkommen wird. Da nun bei diesen der besitzende Vasall bereits die Befugniß hat, das Gut ohne Consens der Agnaten zu veräußern, da er ein Familienfideicommiß zu Gunsten dritter nicht im Lehnsverbande befindlicher

---

Weiberlehn ist. Denn in beiden Fällen haben sie durch den Investiturvertrag ein Successionsrecht erworben, welches ihnen wider ihren Willen nicht genommen werden darf, mag dasselbe dem der Agnaten ganz gleich gestellt sein oder erst beim Aussterben des Mannsstammes in Kraft treten.

135) Vgl. **Knipschildt** l. c. V n. 112. **Demuth** l. c. p. 28.

136) Weiter aber darf man nicht gehen, und nicht auch den Consens des Herrn bei Verfügungen über das Lehn zu Gunsten von nicht im Lehnsverbande befindlichen Personen bei einem reinen Erblehn für unnöthig erklären, wie dies Knipschildt (a. a. O.) und andere ältere Juristen (s. dieselben ebendaselbst) thun; denn veräußerlich und durch Testament übertragbar ist das reine Erblehn seiner allgemeinen Natur nach noch nicht. Vgl. Schnaubert, Commentar S. 463 f. Ob dies in einem concreten Verhältniß der Fall sein soll, darüber kann lediglich der Investiturvertrag entscheiden. Zu einem anderen Resultat kann man auch nach dem Cod. Max. Bav. civ. nicht gelangen, denn wenn dieser im Th. IV C. 18 § 6 bestimmt: „Wol hingegen ergiebt sich 3tio. ein Erb-Lehen aus denen Worten: All und jeden sowol in- als auswärtigen Erben, item Testament's und natürlichen Erben und Nachkommen, — oder aus der Clausul, daß man das Lehen frey veräussern darf;" — so ergiebt sich daraus noch nicht, daß umgekehrt diese Eigenthümlichkeiten bei jedem Erblehn stattfinden.

137) Vgl. Schnaubert a. a. O. S. 557.

Personen errichten kann, so müssen sich auch die Agnaten hierbei eine derartige Anordnung, deren Beobachtung der Stifter ihnen gewissermaßen zur Bedingung für den Erwerb des Lehns gesetzt hat, gefallen lassen.

Von Particularrechten enthalten Vorschriften über den hier behandelten Fall das Bayerische Landrecht, welches im B. IV C. 18 § 46 N. 3 verordnet: In alt- und solchen Lehen, worin ex Pacto et Providentia Majorum succedirt wird, ist nicht nur die Lehen-herrliche, sondern auch all übriger Lehens-Interessenten Bewilligung erforderlich"; und damit also lediglich die oben aufgestellte Regel bestätigt. Diesen Satz hat das Edict über die Familien-Fideicommisse insofern modificirt, als es eine Abänderung der Successionsordnung verbietet und deshalb von dem Erforderniß des Consenses der Agnaten absehen kann. Hier heißt es nämlich im § 4: „Ein Grundvermögen, welches als Lehen-, Erbzins- oder erbrechtsbares Gut im Lehen oder Grundbarkeits-Verbande stehet, kann nur mit Einwilligung des Lehen- oder Grundherrn zum Fideicommisse verwendet werden, jedoch muß bei dem Lehen dieselbe Erbfolge-Ordnung, wie bey dem zu errichtenden Fideicommisse, stattfinden." Ferner bestimmt das Hannoversche Gesetz über die Errichtung von Familienfideicommissen im § 29: „Einem jeden Lehnsbesitzer steht es frei, unter den folgenden Voraussetzungen und Bestimmungen mit seinen Lehnen, mögen sie übrigens der Allodification fähig seyn und wirklich allodificirt werden oder nicht, mit verbindender Kraft für alle seine Nachfolger aus den Seitenlinien, ein Familienfideicommiß — oder deren mehrere zu stiften, ohne an die Einwilligung seiner Descendenten, Agnaten und Mitbelehnten gebunden zu seyn. Nur in dem Falle, wenn ein Lehnsbesitzer keine lehnsfähige Descendenz hat, ist zur Gültigkeit der Disposition die Einwilligung des zur Lehnsfolge zunächst Berechtigten, oder wenn deren mehrere mit gleichen Successionsrechten vorhanden sind, deren übereinstimmende Einwilligung erforderlich." Auch dieses Gesetz hält den Consens der Agnaten zur Gültigkeit einer Fideicommißstiftung für erforderlich, nicht den der Descendenten, doch ist jenes nur dann der Fall, wenn nach dem Tode des Stifters das Lehn den Agnaten gebührte, diese also nicht durch Descendenten jenes ausgeschlossen wurden.

Den abhängigen Bauergütern läßt sich die Fähigkeit, mit einem Fideicommiß belegt zu werden, unbedingt nicht absprechen, mit Ausnahme der Güter im nicht erblichen Colonat und der Meiergüter. Jenen fehlt es an dem wesentlichsten Requisit eines Familienfideicommisses, nämlich der Erblichkeit, also der Möglichkeit, in dem dauernden Besitz einer Familie zu stehen. Bei den Meiergütern ist sowohl der Erwerb als der fernere Besitz des Guts durch die Eigenschaft eines tüchtigen Wirths bedingt, und dadurch der Prüfung und somit einer fortdauernden Einwirkung der Gutsherrschaft unterworfen. Alle anderen abhängigen Bauergüter dagegen können an sich zu einem Familienfideicommiß bestimmt werden, so daß die aus dem Ober-

eigenthum des Herrn fließenden Lasten darauf haften bleiben[138]). Ob dieses aber nur mit oder auch ohne Consens der Gutsherrschaft und der Erben möglich sei, läßt sich nur bei den einzelnen Güterarten und den für dieselben geltenden particularen und lokalen Rechtsnormen entscheiden. Wird das Familienfideicommiß durch ein Geschäft unter Lebenden und nicht für die Familie des Besitzers, sondern eine fremde errichtet, so ist der Consens der Gutsherrschaft erforderlich, wenn dieses auch bei Veräußerungen der Fall ist[139]), dagegen werden die Erben regelmäßig keine Einsprache erheben können[140]). Dieses Letztere gilt auch dann, wenn eine derartige Verfügung zu Gunsten eines oder einiger Familienglieder und deren Descendenten getroffen wird; aber auch des Consenses des Herrn bedarf es in diesem Falle nicht. Soll dagegen ein Familienfideicommiß durch eine letztwillige Verfügung errichtet werden, so ist dies nur da zulässig, wo dem Besitzer des Guts solche Verfügungen überhaupt gestattet sind, wo er die Befugniß hat, sich einen Erben zu ernennen, dann aber ohne Rücksicht darauf, ob die Anordnung zu Gunsten eines Intestaterben und dessen Descendenten oder aber eines Fremden getroffen wird[141]). Wo ihm aber diese Befugniß nicht zusteht, sondern das Anerbenrecht nach einer bestimmten auf rechtlicher Norm beruhenden Successionsordnung übertragen wird, ist die Errichtung eines Familienfideicommisses ohne Einwilligung aller Erbinteressenten weder zu Gunsten der Familie eines von ihnen noch einer fremden erlaubt, da jene Successionsordnung nach der m. E. richtigen Meinung als unbedingt maßgebend, nicht aber als eine subsidiaire für den Fall, daß der Besitzer des Guts keine Anordnung getroffen, anzusehen ist[142]). Eine Genehmigung der Gutsherrschaft wird jedoch in diesem letzteren Falle nur dann nothwendig sein, wenn das Fideicommiß zu Gunsten einer fremden Familie errichtet ist.

Im Ganzen und Großen stimmt mit den bisher aufgestellten Grundsätzen Knipschildt[143]) überein. Denn handelt er auch nur von der Emphyteuse, so ist es doch augenscheinlich, daß er darunter nach der zu seiner Zeit herrschenden Sitte eben die verschiedenen Arten deutscher abhängiger Bauergüter begriff[144]). Er läßt die Bestellung eines Familienfideicommisses an an einer Emphyseuse zu, „modo domini conditio non fiat deterior eique canon solvatur[145]), neque etiam liberis ius quaesitum habentibus praeiudicetur".

---

138) Natürlich können diese Güter auch frei von diesen Lasten zum Fideicommiß bestimmt werden, dann müßte aber der Herr erst sein Obereigenthum daran aufgeben, wozu eine Nöthigung für denselben nicht besteht.

139) Vgl. Beseler, System § 185 N. VI.

140) Vgl. Beseler a. a. O. § 187 N. II.

141) Vgl. Beseler a. a. O. N. I. 142) Vgl. Beseler a. a. O. N. II.

143) V. n. 84—88. 144) Vgl. Gerber, System § 139 Note 3 u. 4.

145) Das schreibt auch Beck, de licita maioratuum alienatione p. 7 sq. nach.

Von Particularrechten enthalten ausdrückliche Bestimmungen über die Widmung von abhängigen Gütern zu Familienfideicommissen das Preußische Landrecht und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse. Ersteres läßt solche gar nicht zu, denn im § 49 II, 4 bestimmt es: „Nur freie und keiner grundherrschaftlichen Botmäßigkeit unterworfene Grundstücke können mit einem solchen beständigen Familienfideicommiß beschwert werden"; welche Bestimmung jedoch jetzt, wo grundherrliche Botmäßigkeit in Preußen nicht mehr besteht, ihre practische Bedeutung verloren hat[146]); Letzteres gestattet im § 4[147]) dieselbe mit Consens des Herrn. Auch für das ältere bayerische Recht ist derselbe Grundsatz anzunehmen. Kreittmayr[148]) will nur insofern dem Consens des Herrn eine Bedeutung beilegen und somit nur insofern diesem das Recht geben, denselben zu verweigern, „als der Fideicommissar von dem Grundherrn etwa eine erhebliche Ausstellung zu leiden hat." Er beruft sich hierbei auf den Codex Maximilaneus Th. IV C. 7 § 12. Allein hier wird in N. 2 der Consens des Herrn für jede Veräußerung des dominium utile gefordert, und wenn auch N. 3 bestimmt, daß der Herr „den Consens auf Anmelden nicht weigeren kan", so läßt doch N. 4 eine Verweigerung der Genehmigung dann zu, wenn „eine erhebliche Ursach dazu vorhanden", als welche namentlich Mängel in der Person des Erwerbers, worunter das Gut und das Interesse des Herrn leiden könnte, angeführt werden. Dem Herrn wird somit bei jeder Veräußerung eine Prüfung der Tauglichkeit des Erwerbers gestattet. Da aber, wenn einmal ein Familienfideicommiß errichtet ist, eine Prüfung jedes einzelnen aus der dazu berufenen Familie stammenden Erwerbers, verbunden mit der Möglichkeit der Zurückweisung eines solchen mit der Natur der fideicommissarischen Erbfolge unverträglich ist, so muß der Herr auf dieses Prüfungsrecht verzichten, wozu aber durchaus keine Verpflichtung für ihn besteht, um so mehr da ihm auch aus der Zahl der Erben des Vorbesitzers eines abhängigen Guts „kein solcher Mayer, deme man eine Rechtserhebliche Ausstellung zu machen hat — aufgedrungen werden" kann, und er „keinen unanständigen Successorem auf das Gut kommen zu lassen schuldig ist"[149]). Bei letztwilligen Verfügungen über ein abhängiges Gut erklärt freilich das Bayerische Landrecht[150]) den grundherrlichen Consens nicht für erforderlich, giebt jedoch dem Herrn das Recht, den Erben oder Legatar, wenn er gegründete Bedenken gegen dessen Person hätte, zurückzuweisen und ihn zum Verkauf des Guts „und Vorschlag eines anderen anständigen Mayers" anzuhalten, was denn für die Errichtung eines Familienfideicommisses durch Testament

[146]) Vgl. Besch. des Just.-Min. v. 23. Juni 1837 in den Kamptz'schen Jahrb. für die Preuß. Gesetzg., Rechtswiss. und Rechtsverwalt. Bd. L S. 81.

[147]) S. o. S. 79. [148]) Anmerkungen III C. 10 § 7 N. 2.

[149]) Cod. Max. Bav. civ. IV C. 7 § 14 N. 3. [150]) A. a. O. § 12 N. 7.

wieder dasselbe Resultat hätte. Eben dasselbe, was wir im bayerischen Recht geltend fanden, ist auch nach österreichischem Recht anzunehmen. Das Gesetz vom 12. Juli 1760 [151]) untersagte nämlich, „ein bürgerliches Haus" zu einem Familienfideicommiß zu widmen, wenn nicht der Disponent „mit den betreffenden Grundbüchern sich besonders" abgefunden. Dieses zum Schutz der städtischen Rechte erlassene Gesetz ist aber unzweifelhaft mit Wildner [152]) auch für das herrschaftliche Interesse bei unterthänigen Grundstücken für maßgebend zu halten. Wie nun nach demselben die Bestimmung eines Bürgerhauses zum Fideicommiß mit Genehmigung der Stadtobrigkeit zulässig, so muß auch ein unterthäniges Grundstück mit Consens der Gutsherrschaft, aber nicht anders, zu einem solchen bestimmt werden können. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt zwar im § 1140: „Der Nutzungseigenthümer bedarf zur Veräußerung die Einwilligung des Obereigenthümers nicht; doch muß er ihm den Nachfolger zur Beurtheilung, ob derselbe dem Gute vorzustehen, und die darauf haftenden Lasten zu entrichten fähig sey, namhaft machen." Allein wenn auch zu gewöhnlichen Veräußerungen der Consens des Herrn nicht erfordert wird, so wird er dieses doch bei der Bestellung eines solchen Guts zum Familienfideicommiß gewiß verlangen müssen, da die bei jenen dem Herrn vorbehaltene individuelle Prüfung des Erwerbers hier ja gar nicht möglich ist.

Solche abhängige Bauergüter werden natürlich wohl nie allein, sondern nur in Verbindung mit einem anderen Gut zu einem Familienfideicommiß bestimmt werden, da sie sonst einen für ein solches geeigneten Ertrag sicher nicht gewähren.

Was die Natur des Consenses, wo derselbe erforderlich ist, betrifft, so hat jeder Consens seine selbständige Bedeutung, und ist dessen Wirksamkeit nicht durch die Ertheilung der Einwilligung Seitens der übrigen Interessenten und somit das gültige Zustandekommen des Geschäfts bedingt. Ist daher ein Familienfideicommiß errichtet, obwohl nur einige der Interessenten dazu ihren Consens gegeben, so dürfen diese ihre aufgegebenen Rechte nicht deshalb geltend machen, weil das Geschäft gar nicht gültig zu Stande gekommen, somit auch ihre Rechte nicht aufgehoben seien. Ja selbst in dem Falle können sie dieses nicht thun, wenn das Fideicommiß in Folge der Anfechtung eines nicht consentirenden Interessenten aufgehoben wird. Ihre Rechte sind eben nicht durch das in's Leben gerufene Institut und dessen rechtliche Natur, sondern durch ihren Verzicht aufgehoben [153]). Wenn nun aber auch keinem Interessenten durch den Consens der übrigen präjudicirt wird, so kann der Dissentirende doch so lange das Geschäft nicht anfechten, als näher berechtigte Interessenten da sind, die ihren Consens zu jenem ertheilt haben. Dieses ist aber nicht so zu erklären, als ob das Geschäft durch den Consens einzelner

---

[151]) Codex Austriacus VI. p. 98. [152]) Das Fideicommiß-Recht S. 57.
[153]) Vgl. I F. 5 § 5.

Interessenten wenigstens zeitweise gültig geworden, sondern ist lediglich eine Folge des Umstandes, daß keiner das gegründete Familienfideicommiß früher anfechten kann, als er ein Recht auf die Sache hat, da er vorher nicht zum Proceß legitimirt ist. Diese Rangordnung der Anfechtungsberechtigten kann sich natürlich nur den Erben des Stifters und sonstigen Successionsberechtigten, aber nicht dem Herrn gegenüber geltend machen.

Ueber die Form, in welcher der Consens zu ertheilen, giebt es bekanntlich keine gemeinrechtlichen Vorschriften, weder überhaupt noch mit Rücksicht auf die Errichtung eines Fideicommisses. Wenn Dalwigk[154]) eine bestimmte Form fordert, so ist das, wie bei ihm so häufig der Fall, eine von ihm selbst aufgestellte Zweckmäßigkeits-Maßregel. Die Vorschriften des Preußischen Landrechts über die Form des Consenses bei der Veräußerung von Lehen[155]) und Erbzinsgütern[156]) interessiren hier nicht, weil das Landrecht überhaupt solche Güter nicht zu einem Familienfideicommiß bestimmen läßt[157]).

Zum Schluß noch einige Worte über den erforderlichen Werth der zu einem Familienfideicommiß bestimmten Vermögensobjecte. Vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus läßt sich darüber nur ganz im Allgemeinen sagen, daß derselbe dem Zweck des Fideicommisses entsprechen, also bedeutend genug sein muß, um das Ansehen der Familie, soweit dieses durch äußeren Wohlstand möglich, aufrecht zu erhalten, und zwar allein, da der Stifter auf eigenes Vermögen und bedeutenden Erwerb der späteren Familienglieder doch nicht geradezu rechnen kann. Weil nun aber der Werth des Geldes den Bedürfnissen des Lebens gegenüber ein sehr relativer ist, so ergiebt sich daraus, daß der vom Stifter beabsichtigte Zweck durch ein Geldfideicommiß, dessen Ertrag (namentlich in Folge der auf bestimmte Arten beschränkten Möglichkeit der Anlegung der Capitalien) sich im Großen und Ganzen gleich bleibt, schwerlich sich wird erreichen lassen, wohl aber durch ein Landgut; denn wenn jeder Fideicommißbesitzer, wozu er schon durch die Stiftung verpflichtet ist, das Gut in einen möglichst hohen Culturzustand zu setzen und so den Ertrag desselben mehr und mehr zu erhöhen sucht, so werden auch die Familienglieder im Stande sein, den sich steigernden Anforderungen des Lebens gegenüber den Glanz der Familie aufrecht zu erhalten.

Particularrechte haben zuweilen einen Minimalsatz für das zur Errichtung eines Familienfideicommisses fähige Object fixirt. So das Preußische Landrecht, und zwar fordert es für Immobiliarfideicommisse ein Landgut, welches dem Besitzer nach Abzug aller Schulden und Lasten einen jährlichen

---

[154]) Erbrecht III S. 42.

[155]) §§ 202—204 A. L. R. I, 18.

[156]) § 699 f. ebendaselbst.

[157]) Dasselbe gilt von dem großherzoglich Hessischen Gesetz, die Familienfideicommisse betreffend, vom 13. September 1858 Art. 2.

Reinertrag von zweitausend fünfhundert Thalern gewährt[158]), es müßte denn durch Hinzufügung eines Capitals vom Stifter dafür gesorgt sein, daß dieser Ertrag erreicht wird[159]). Doch braucht hiervon nur die Hälfte dem jedesmaligen Besitzer zur freien Verfügung gelassen zu werden, indem über die andere Hälfte zum Besten der Kinder desselben und zu Gunsten des Fideicommisses selbst in der Stiftungsurkunde disponirt werden darf[160]). Für ein Geldfideicommiß fordert das Landrecht nur den Betrag von zehntausend Thalern[161]). Das Landrecht hat für den Fall, daß dieses Minimum nicht erreicht wird, nicht in gleicher Weise, wie für den, wo das Maximum überschritten, landesherrlichen Dispens vorbehalten. Ein solcher wäre daher heutzutage unzulässig, da nach constitutionellem Princip von der Anwendung der Gesetze auch in einem speciellen Fall nur durch die gesetzgebende Gewalt dispensirt werden kann[162]). Vor Erlaß der Verfassungs-Urkunde war dies allerdings möglich, da damals die königlichen Cabinets-Ordres Gesetzeskraft hatten, und ist ein solcher Dispens in einem mir bekannten Falle auch wirklich ertheilt worden. Auch das Badische Landrecht hat ein, und zwar nach dem Stande der besitzenden Familie verschieden normirtes, Minimum festgesetzt,

---

[158]) § 51 A. L. R. II, 4: „Ein Landgut, welches zum beständigen Familienfideicommiß gewidmet werden soll, muß wenigstens einen reinen Ertrag von Zweitausend Fünfhundert Thalern nach einem landüblichen Wirthschaftsanschlag gewähren." § 52: „Dieser Ertrag darf weder mit Zinsen von Schuldposten, die auf dem Gute haften, noch mit Abgaben an Familienmitglieder oder Fremde belastet sein." Das Gesetz vom 10. Juni 1856 § 1 fordert behufs der Umwandelung eines Lehnguts in ein Familienfideicommiß nur einen jährlichen Reinertrag von zweitausend Thalern.

[159]) § 55 A. L. R. II, 4: „Grundstücke, die schon an und für sich den reinen Ertrag von Zweitausend Fünfhundert Thalern nicht gewähren, können nur in so fern zu einem beständigen Fideicommiß gewidmet werden, als damit ein Capital, dessen Nutzung das Fehlende ergänzt, untrennbar verbunden wird."

[160]) § 53 A. L. R. II, 4: „Nur mit Präſtationen zum Besten der Kinder des jedesmaligen Fideicommiß-Besitzers; zur Auffammlung eines Capitals für künftige Unglücksfälle; oder zur Erweiterung und Verbesserung des Fideicommisses kann der Ertrag desselben, bis zur Hälfte der gesetzmäßigen Summe, in dem Stiftungsbriefe belegt werden." § 54: „Es muß also, bei jedem künftig zu errichtenden Fideicommiß, dem zeitigen Besitzer wenigstens ein reiner Ertrag von Zwölfhundert und Funfzig Thalern zur freien Verwendung übrig bleiben." Dem entsprechend heißt es auch in dem Gesetz vom 10. Juni 1856 § 1: — „Von diesem Reinertrage müssen, unter Maaßgabe der Vorschriften §§ 52 und 53 II, 4 Allg. Landrechts dem Fideicommiß-Besitzer wenigstens Eintausend Thaler jährlich zur freien Verwendung bleiben."

[161]) § 59 A. L. R. II, 4: „Zu einem bloß für sich allein bestehenden Geldfideicommiß ist ein Capital von Zehntausend Thalern hinreichend."

[162]) Vgl. Beseler, System § 20. § 50 N. II.

indem es für die Familienfideicommisse ritterlicher Familien wenigstens viertausend Gulden, für die des Herrenstandes aber fünftausend Gulden jährliches Einkommen fordert. Doch werden durch diese Bestimmung die bei Emanation des Landrechts bereits bestehenden Familienfideicommisse nicht berührt[163]). Ebenso fordert das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse einen bestimmten Werth des zum Fideicommiß gewidmeten Guts, welcher bestimmt wird nach der davon zu entrichtenden Grund und Dominicalsteuer[164]). Da diese in simplo wenigstens fünfundzwanzig Gulden betragen sollte, die Steuer aber nach dem damals geltenden Steuerrecht ⅛ % des Courantwerths der Sache betrug, so mußte das Gut einen Werth von zwanzigtausend Gulden haben[165]). Dieses mußte jedoch gleichfalls der reine Werth nach Abzug der Schulden sein[166]). Auch das Hannöversche

---

[163]) Badisches Landr. Art. 577cd: „Die mindeste Summe des Stammguts soll ein reines Einkommen von viertausend Gulden für den Ritterstand, und von fünftausend Gulden für den Herrenstand sein, das höchste aber ersterenfalls achttausend Gulden, und letzterenfalls dreißigtausend Gulden. Neue Stammgüter müssen genau hiernach ermessen werden; ältere bestehen aber in ihrem dermaligen Umfang, auch wenn sie jene Summen überschreiten oder nicht erreichen, so lang nicht vorhandene rechtmäßige Schulden ein Anlaß zur Minderung eines zu hohen oder Auflösung eines zu niedern Stammguts werden."

[164]) Edict § 2 (s. o. Note 6).

[165]) Vgl. Pözl, Bayerisches Staats-Verf.-Recht § 43 S. 84. Wie es möglich, eine Disposition, bei der es an der erforderlichen Summe fehlte, aufrecht zu erhalten, zeigt § 28 („Wenn sich entweder gleich bey der Errichtung oder bey den nur bedingt bestätigten Fideicommissen [§ 29] in der Folge ein Mangel an dem, zur Gründung eines Familien-Fideicommisses nothwendigen Vermögen bezeigt, so können diejenigen, welche zum Fideicommisse berufen sind, das Mangelnde entweder aus eigenem Vermögen oder durch Verwendung der Früchte zur Vermehrung der Substanz nach der im § 10 enthaltenen Bestimmung ergänzen und hierdurch die fideicommissarische Disposition aufrecht erhalten. Kann die Disposition als Familien-Fideicommiß nicht bestehen, so bleibt sie als eine fideicommissarische Substitution (§ 109) gültig".) und § 10 („Kann ein Fideicommiß auf das dazu bestimmte Vermögen nicht sogleich gegründet werden, so ist die Disposition gültig, wenn dasselbe aus dem Vermögen entweder für sich selbst, oder mittelst der inzwischen anfallenden und als Capital anzulegenden Früchte und Zinsen längstens in 20 Jahren hergestellt werden kann. Bis zur Erfüllung dieser Bedingung soll ein solches Vermögen gleich dem Vermögen der Minderjährigen unter Aufsicht des zuständigen Gerichts verwaltet, das baare Geld gegen hypothekarische Sicherheit verzinslich angelegt, und von dem Appellations-Gerichte, bey welchem diese Disposition in die Fideicommiß-Matrikel einzutragen ist, dafür gesorgt werden, daß innerhalb der vorbemerkten 20 Jahre das Fideicommiß durch Ankauf eines dazu geeigneten Vermögens oder durch dessen Freymachung von Lasten und Schulden vollkommen gegründet werde.")

[166]) Bayerisches Edict vom 26. Mai 1818 § 5: „Das Grundvermögen, welches dem § 2 gemäß zur Errichtung eines Fideicommisses erfordert wird, muß frey von Schulden und Lasten seyn. Haften darauf unablösbare Lasten, oder

Gesetz über die Errichtung von Familienfideicommissen verlangt einen jährlichen Reinertrag von eintausendzweihundert Thalern[167]), der nur bis zu einem Drittel zum Zweck von Witthümern oder zur Sustentation von Nachgeborenen oder Töchtern belastet werden darf[168]), und nur vorläufig bis zur Hälfte Behufs Abtragung der auf dem Gut bei Gründung des Fideicommisses noch haftenden Schulden[169]). Doch beziehen sich diese Bestimmungen nur auf solche Fideicommisse, die auf Grundstücke gelegt sind, nicht auf Geldfideicommisse[170]). Auch das Braunschweigische Gesetz, die Errichtung von Familienstammgütern betreffend, vom 28. März 1837 stellt als das Minimum für die Errichtung eines Familienfideicommisses aus einem allodialen Gut einen jährlichen Reinertrag des letzteren von eintausend fünfhundert Thalern auf[171]), welches Minimum durch das die Familienfideicommisse wiederherstellende Gesetz vom 20. Mai 1858 auf dreitausend Thaler erhöht ist[172]). Endlich for-

---

soll das Fideicommiß durch besondere Dispositionen des Stifters, oder mit Schulden belastet werden, so wird außer jenem Grundvermögen noch ein Fond erfordert, aus dessen Rente jene Bürden und Lasten bestritten werden können."

[167]) Hannöv. Gesetz vom 13. April 1836 § 30: „Ein solches Fideicommiß muß einen jährlichen Reinertrag von wenigstens zwölfhundert Thalern gewähren."

[168]) Gesetz vom 13. April 1836 § 34: „Zu Witthümern oder zur Sustentation von Nachgeborenen oder Töchtern darf nicht mehr als ein Dritttheil des reinen Ertrags des Majorats bestimmt werden.".

[169]) Gesetz vom 13. April 1836 § 35: „Die Fideicommiß-Güter sind vor Errichtung des Fideicommisses von allen Schulden zu befreien, insofern nicht der Stifter durch den Eintritt in einen Creditverein, oder durch eine andere in ihrem Erfolge gleich zuverlässige Einrichtung die Abführung der Schulden in einem bestimmten Zeitraum sichert, wobei indessen das zu errichtende Fideicommiß immer ein nach Verzinsung der Schulden übrig bleibendes reines Einkommen von wenigstens sechshundert Rthlr. liefern muß."

[170]) Gesetz vom 13. April 1836 § 39: — „Fideicommisse auf Geldsummen oder Mobilien werden durch die Vorschriften dieses Gesetzes nicht getroffen."

[171]) Braunschw. Gesetz vom 28. März 1837 § 24: „Nicht nur das mit dem allodificirten Lehne verbundene Allodium, sondern auch jedes Allodialrittergut oder sonstiges Landgut kann, vorausgesetzt, daß solches einen nachhaltigen Reinertrag von 1500 Thalern jährlich gewährt — zum Familien-Stammgut erklärt werden."

[172]) Braunschw. Gesetz vom 20. Mai 1858 § 1: „Allen solchen mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden zur selbständigen Bewirthschaftung versehenen Gütern, welche für sich allein oder mit Einschluß der vertrags- oder erbgangsweise hinzu erworbenen Bauerhöfe und sonstigen Grundstücke einen Reinertrag von 3000 Thlrn. oder darüber, nach der Behuf der Grundsteuer-Veranlagung gemachten Abschätzung, gewähren, kann sammt dem Wirthschafts-Inventare durch Bestimmung des Eigenthümers die Eigenschaft eines unveräußerlichen und untheilbaren, nach Ordnung der Primogenitur im Mannsstamme zu vererbenden Familien-Stammguts beigelegt werden. Wenn aber auch ein Gut der gedachten Art sammt den vereint damit bewirthschafteten Höfen und sonstigen Grundstücken nur einen Reinertrag von 2500 Thlrn. nach der Grund-

dert das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 ein Grundeigenthum, welches einen Werth von wenigstens 75000 fl. hat[173]).

Das Aufstellen eines solchen in Zahlen ausgedrückten Minimalsatzes durch die Gesetzgebung erscheint nun aber geradezu als zweckwidrig. Der Grund ist nämlich bei Familienfideicommissen, die in Landgütern bestehen (bei anderen läßt sich ein solcher gar nicht angeben), der, daß bei zu geringem Ertrage der Besitzer die gewöhnlichen Unglücksfälle mit den Revenüen nicht überstehen könnte, was eine Deteriorirung des Guts zur Folge haben und somit auch für den Nationalwohlstand nachtheilig sein würde[174]). Dies wird jedoch durch eine solche Bestimmung gar nicht verhütet, da die Minimalsätze nicht von Zeit zu Zeit den veränderten Verhältnissen gemäß erneuert werden, sondern regelmäßig so lange bestehen bleiben, bis die ganze Gesetzgebung über Familienfideicommisse sich ändert. Der Ertrag also, welchen ein solches Gut wenigstens gewähren muß, ist zu einer Zeit festgesetzt, wo die Lebensverhältnisse einen anderen und zwar eben geringeren Aufwand von Geldmitteln erforderten, als heutzutage. Man könnte sagen, dieser Uebelstand ist nicht eine Folge der gesetzlichen Festsetzung eines Minimums, sondern eine Folge der Fideicommißstiftung überhaupt, eine Folge davon, daß der Stifter das Schicksal einer Familie auf Jahrhunderte vielleicht voraus bestimmen will. Allein dieser Vorwurf trifft nicht vollständig die Stiftung, wenigstens dann nicht, wenn der Stifter ein Landgut zum Gegenstand derselben gemacht hat. Denn ein Gut, welches z. B. bei Emanation des Preußischen Landrechts einen Reinertrag von 2500 Thalern gewährte, wird heutzutage durch erhöhte Cultur (dies natürlich nur unter der

---

steuer-Veranlagung gewährt, der zur Stammgutsbegründung erforderliche Reinertrag von 3000 Thlrn. indeß durch sonstige im hiesigen Herzogthume belegene Grundstücke des Gutseigenthümers, welche einen Reinertrag von 500 Thlrn. gewähren, ergänzt wird, so soll auch einem auf diese Weise gebildeten, den erforderlichen Reinertrag von 3000 Thlrn. gewährenden Complexus die Eigenschaft eines Familien-Stammguts beigelegt werden können. Nicht minder soll der Eigenthümer zweier im hiesigen Herzogthume belegener Güter der bezeichneten Art, deren jedes einen Reinertrag von 2500 Thlrn. nach der Grundsteuer-Veranlagung nicht gewährt, die aber zusammen einen Reinertrag von 3000 Thlrn. nach der Grundsteuer-Veranlagung erreichen oder übersteigen, befugt sein, diesen beiden Gütern die Stammguts-Eigenschaft in dem Maße beizulegen, daß beide Güter **ein** Familien-Stammgut ausmachen und als solches untheilbar und unveräußerlich nach Ordnung der Primogenitur im Mannsstamme vererbt werden."

[173]) Großherzoglich Hessisches Gesetz 1858 Art. 2: „Ein Familienfideicommiß **kann** nur aus Grundeigenthum errichtet werden, welches im Großherzogthum **gelegen** ist. Es muß einen schuldenfreien Werth von 75000 fl. haben und darf **weder** Lehn noch Erbleihe sein."

[174]) Das wird geltend gemacht von **Suarez** in seinen Vorträgen zur Schlußrevision des Preuß. Landrechts; s. **Kamptz**'sche Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung Bd. XLI S. 170.

Voraussetzung, daß die Fideicommißbesitzer wirklich tüchtige Landwirthe sind und sich die Verbesserung des Guts angelegen sein lassen), sowie durch das Steigen der Preise aller Producte der Landwirthschaft einen ungleich höheren Ertrag gewähren. Und so werden die gesteigerten Anforderungen auch durch die größeren Einnahmen gedeckt werden. Ganz anders liegt die Sache, wenn heutzutage ein Gut zu einem Fideicommisse bestimmt wird, das der landrechtlichen Vorschrift gemäß dem Besitzer einen Ertrag von 2500 Thalern giebt. Denn wenn am Ausgange des vorigen Jahrhunderts eine Familie, die ein derartiges Einkommen hatte, mit einem gewissen Glanz auftreten konnte, so kann dieselbe jetzt davon doch eben nur anständig leben, und von Aufrechterhaltung des äußeren Glanzes kann natürlich keine Rede sein. Die Absicht also, welche die Gesetzgebung bei Festsetzung eines Minimalsatzes hatte, nämlich die Erreichung des vom Stifter bei Gründung eines Familienfideicommisses beabsichtigten Zweckes zu sichern, wird dadurch nicht erfüllt. Ganz anders verhält es sich mit der Festsetzung eines Maximums, welche aus nationalökonomischen Rücksichten geboten sein kann. Nur muß dieses eben der fortschreitenden Verringerung des Geldwerths gegenüber etwas hoch gegriffen sein, auch mit specieller Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt oder der Landesregierung im concreten Falle ein Ueberschreiten derselben gestattet sein, wenn nicht dadurch der ganze Zweck des Fideicommiß-Instituts im Laufe der Zeit vereitelt werden soll. Doch damit kommen wir auf ein Thema, welches mit der Frage nach der Zweckmäßigkeit und Berechtigung des Familienfideicommisses überhaupt zusammenhängt, auf deren Erörterung denn hiermit verwiesen werden soll.

II. Errichtungsact.

§ 6.

Wesen und Form der Errichtung.

Wir gingen von dem Willen, als der Basis einer fideicommissarischen Anordnung aus. Dieser Wille muß natürlich geäußert sein. Der Stifter muß nicht nur über das Schicksal bestimmter Vermögens-Objecte verfügen wollen, sondern diese Absicht muß er auch erklärt haben. Von dieser Willenserklärung hängt sowohl die Existenz des Familienfideicommisses, als seine besondere Beschaffenheit ab.

Somit setzt jedes Familienfideicommiß ein Rechtsgeschäft voraus, welches seine Begründung zum Gegenstande hat. Diese Forderung stellte indeß die ältere Jurisprudenz nicht. Auch sie verlangt freilich für die Entstehung eines Familienfideicommisses eine juristische Thatsache, aber neben dem Rechtsgeschäft führte sie noch als solche und zu jenem Zweck geeignet auf: Gesetz, Statut, Observanz und Verjährung. Diese Theorie, welche wir für das heutige Recht durchaus verwerfen müssen, findet ihre Erklärung in dem

weiten Begriff, den die älteren Juristen mit dem Familienfideicommiß verbanden. Es sollte dasselbe eben dazu dienen, die wissenschaftliche Form für die verschiedenen Institute des Güterrechts des Adels herzugeben. Dies zeigt sich sofort, wenn wir die angeblichen Familienfideicommisse betrachten, welche auf solchen Entstehungsgründen beruhen.

Als Familienfideicommisse, die auf Gesetz beruhen, werden von Kreittmayr die deutschen Kurfürstenthümer genannt [1]). Der Grund hierfür ist lediglich darin zu suchen, daß durch die Goldene Bulle die Kurländer für untheilbar erklärt, und die Primogeniturordnung in denselben eingeführt wurde [2]). Kreittmayr selbst sagt dies zwar nicht ausdrücklich, daß es aber seine Meinung gewesen, ist daraus zu schließen, daß er Goldast's Ansicht, wonach die Reichsfürstenthümer ebenfalls als gesetzliche Familienfideicommisse erschienen, deshalb für irrig erklärt, weil kein Gesetz existire, das sie dazu gemacht habe. Demnach gelten alle Güter, welche auf Grund eines Gesetzes unveräußerlich sind, und bei denen durch ein solches eine besondere Successionsordnung eingeführt ist, für Familienfideicommisse; ist jenes ein Reichsgesetz, für gesetzliche; ist es ein particulares oder Hausgesetz einer hochadeligen Familie, für statutarische [3]). So gehören auch die bona avita und hereditaria, sobald durch das Particularrecht die Unveräußerlichkeit derselben ausgesprochen war, ebenfalls zu den Familienfideicommissen, wie denn auch Kreittmayr [4]) bemerkt, daß „de iure germanico antiquo" solche Güter „instar fideicommissorum legalium gewesen seien." Freilich sprach man im vorigen Jahrhundert solchen Gütern nicht mehr allgemein die Qualität von Familienfideicommissen zu. Ja gesetzlich wurden sie denselben geradezu abgesprochen durch das Bayerische Landrecht Thl. III. C. 10 § 2 N. 6: „Thut auch dergleichen (scil. die Annahme eines stillschweigenden Fideicommisses) bey denen ererbt- oder alt-vätterlichen Gütern (Bonis haereditariis vel avitis) solang solche auch immer bey der Familie geblieben seyn mögten, aus der blossen Vererb- und Erhaltung derenselben ohne anderweiten näheren Anzeigen eines Fideicommiss nimmermehr erfolgen." Allein dies war lediglich eine Folge davon, daß die Stammgutsqualität mit ihren Wirkungen, als Ueberrest des alten Beispruchsrechts der Erben bei den in den Erbgang gekommenen Gütern, damals nicht mehr in Deutschland als ein gemeinrechtliches Institut angesehen wurde, oder, wie es Kreittmayr [5]) ausdrückt, weil „iure Romano et hodierno inter bona acquisita et avita s. hereditaria kein Unterschied mehr" bestand.

---

[1]) Anmerkungen III C. 10 § 1. § 2 N. 5. [2]) Aurea bulla c. 7. c. 20. c. 25.

[3]) Das Statut stellt auch Knipschildt (de fideicommissis familiae VI n. 80) rücksichtlich der Begründung eines Familienfideicommisses dem Gesetz und der Gewohnheit ganz gleich.

[4]) A. a. O. [5]) A. a. O.

Rücksichtlich der Entstehung der Familienfideicommisse durch Observanz wird unterschieden eine consuetudo et observantia particularis und generalis, je nachdem in einer einzelnen Familie oder an einem bestimmten Ort oder auch in einem ganzen Staat[6]) seit Alters her die Regel gegolten, daß die Immobilien oder gewisse Arten derselben bei der Familie verblieben, und zur Succession in dieselben nur der Mannsstamm, mit Ausschluß der Weiber, gelange, ohne durch ein statutum oder besondere Dispositionen angeordnet zu sein. Freilich war die Frage, ob in einer bestimmten Familie durch Observanz sich ein Familienfideicommiß bilden könne, controvers. Bereits Molina[7]) verneint dieselbe unter Berufung auf L. 32 De L. L. (1, 3), indem eine Gewohnheit nur durch das ganze Volk oder den größeren Theil desselben eingeführt werden könne. Doch bemerkt er selbst nicht nur, daß nach spanischem Recht der consuetudo die angegebene Bedeutung beigelegt werde, wenn sie die für die unvordenkliche Verjährung erforderliche Zeit hindurch sich erhalten habe[8]), sondern betrachtet sie selbst als Ergänzungsmittel für eine undeutliche und dunkele Ausdrucksweise in der Stiftungsurkunde, so daß, wenn die eine mögliche Auslegung in einer wenigstens zehnjährigen Gewohnheit (correcter wäre das „Gebrauch" zu nennen) ihren Ausdruck erhalten, diese Auslegung auch fernerhin stets beibehalten werden solle[9]). Auch in der späteren Zeit wurde die bejahende Meinung von einigen Juristen angefochten, zuweilen auch auf die wirklichen Institute, welche Veranlassung zu derselben gegeben, hingewiesen. So von Hellfeld[10]), welcher bemerkt, daß jene Ansicht ihren Grund in der verkehrten Vorliebe der Juristen für die fremden Rechte und der Unkenntniß des einheimischen habe, indem dieselben bei illustren Familien, in denen die Veräußerung der bona avita, ohne daß dafür eine testamentarische oder vertragsmäßige Anordnung bestehe, verboten sei, von einem fideicommissum consuetudine introductum gesprochen. Ebenso von Richter[11]), welcher sagt, daß durch die lange Zeit hindurch beobachtete ausschließliche Succession des Mannsstamms, wohl ein Stammgut begründet werde, nicht aber eine clausula fideicommissaria, d. h. ein Veräußerungsverbot. Doch auch er will das nur gelten lassen für die neuere Zeit, nämlich seitdem man angefangen habe, für die Entstehung der Fideicommiß-Qualität einen besonderen Act zu erfordern, indem die alten bona avita auch ohne specielles Veräußerungsverbot unveräußerlich, und so in Wahrheit Familienfideicommisse gewesen. Indeß die bejahende Ansicht kann für die frühere Zeit als die bei Weitem überwie-

---

6) Für dies letztere führt Kreittmayr a. a. O. die in Frankreich bei allen adeligen Gütern bestehende Primogenitur an.

7) De Hispan. primog. II c. 6 n. 1. 8) A. a. O. N. 6.

9) A. a. O. N. 57 f.; vgl. I c. 5 n. 39.

10) De fideicommissis familiarum illustrium eorumque si alienata sunt revocatione (Jenae 1779) p. 51.

11) De fideicommissis familiarum p. 118.

gende angesehen werden. Sie wird unter Anderen vertreten von Knipschildt[12]), Ludolff[13]), Cramer[14]), Leyser[15]), Kreittmayr[16]), Chr. Ludw. Pfeiffer[17]), B. W. Pfeiffer[18]), Moshamm[19]), Runde[20]) und Maurenbrecher[21]), wenn auch Ludolff und Kreittmayr zugeben, daß dergleichen Familienfideicommisse „bei uns sehr rar“ seien. Ja es erhielt diese Meinung sogar gesetzliche Anerkennung durch das Bayerische Landrecht, welches im Th. III. C. 10 § 2 bestimmt: „Ein stillschweigende Fideicommiß wird z. E. gefolgert — 4to. wenn die Fideicommissarische Succession's-Ordnung bei einer Familie von Alters hergebracht ist, ohne daß sich eine ausdrückliche Disposition hierum bezeigt“. Natürlich mußte diese Observanz, der früher herrschenden Theorie von der Geltung des Gewohnheitsrechts gemäß, bewiesen werden, und demzufolge wurden actus, worin dieselbe sich gezeigt, gefordert. Doch begnügte man sich mit sehr wenigen; Ludolff hält zwei eclatante actus für hinreichend, Chr. Ludw. Pfeiffer fordert mit Berufung darauf, daß auch im deutschen Staatsrecht ein einziger unbestrittener Fall bisweilen für hinlänglich erachtet werde, eine Reichsobservanz gültig darauf zu gründen, sogar nur einen einzigen unangefochtenen Fall. Ersterer Schriftsteller hebt dann noch besonders hervor, daß über die erforderliche Dauer der Zeit sich nichts bestimmen lasse, da bei Successionen oftmals ein einziger Fall von sehr langer Dauer sei.

Daß es irrig, die Begründung eines Familienfideicommisses durch generelle Observanz, d. h. gewohnheitsrechtliche Norm anzunehmen, brauchen wir eben so wenig erst zu erweisen, als dies in Betreff der gesetzlichen Begründung erforderlich war. Hier wie dort liegt aber gar kein Familienfideicommiß, sondern ein ganz anderes Institut vor. Doch in der Regel ist bei der Entstehung eines Familienfideicommisses unter Observanz nicht an die allgemeine, sondern die particulare oder specielle zu denken, welche sich lediglich in einer bestimmten Familie geltend macht. Nun ist es allerdings unbestritten, was man darunter eigentlich zu verstehen hat. Denn, wie schon oben bemerkt, wird ein durch Familienobservanz begründetes Fideicommiß dann angenommen, wenn die besitzende Familie bei einem Gut rücksichtlich der Vererbung that-

---

[12]) L. c. VI n. 74—79. [13]) De iure primogen. pars spec. aph. 15.

[14]) Wetzlarische Nebenstunden Thl. VII N. 6.

[15]) Meditationes ad pand. vol. V u. VI spec. 403 n. 1.

[16]) Anmerkungen III C. 10 § 1 u. § 2 N. 5.

[17]) Versuch eines ausführl. Privatr. des deutschen Reichsadels Thl. I S. 141.

[18]) Vermischte Aufsätze S. 3 f. S. 70. 78.

[19]) Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Verhältnisse bei deutschen Geschlechts-Fideicommissen überhaupt und insbesondere bei Erbverzichten und Regredientenerbschaften (München 1816) S. 29.

[20]) Deutsches Privatrecht § 693 f.

[21]) Lehrbuch des deutschen Rechts I § 217 N. 13.

sächlich die Grundsätze gelten läßt, welche regelmäßig Ausfluß einer fideicommissarischen Anordnung sind[22]). Allein um die Möglichkeit dieser Annahme zu widerlegen, müssen wir zunächst zusehen, was diese Observanz für ein juristischer Begriff sei, da dieselbe keineswegs nur in einer einzigen Bedeutung vorkommt. Das bereits erwähnte Gutachten der Berliner Juristen-Facultät von 1864[23]), geht darauf ein. Es war nämlich die Frage aufgeworfen, ob lediglich in Folge davon, daß ein Gut ungefähr 140 Jahre in der Familie geblieben und nach den Regeln des Civilrechts vererbt worden, ein Familienfideikommiß durch Observanz eingeführt wäre. Mit Rücksicht darauf wird gesagt, daß unter Observanz hier nicht die unvordenkliche Verjährung, als Entstehungsgrund für Rechtsverhältnisse verstanden werden könne, weil diese unter den vorliegenden Umständen nicht als anwendbar erscheine, sondern nur an das Herkommen, als Rechtsquelle d. h. als Entstehungsgrund einer Rechtsregel zu denken sei. Daß nun unter Observanz oder Herkommen zuweilen die lange Zeit hindurch fortgesetzte Ausübung eines Rechtsverhältnisses, welche den Rechtstitel, den Entstehungsgrund selbst ersetzt, verstanden wird, ist richtig[24]). Auch bei der Begründung eines Familienfideicommisses redet man von Observanz in diesem Sinne, wie dies von Molina in den oben angeführten Stellen geschieht, wo er von einer „saltim per decennium“ andauernden „consuetudo succedendi“[25]), von einer „consuetudo succedendi, etsi ea immemorialis non sit“[26]) und einer „consuetudo tempore immemoriali praescripta“[27]) spricht. Dies hat seinen Grund in der Verwechselung der Observanz, als Quelle des Rechts im objectiven Sinne, mit der Ersitzung als Quelle des Rechts im subjectiven Sinn[28]). Ob es nun möglich sei, daß ein Familienfideicommiß durch Ersitzung und unvordenkliche Verjährung entstehe, das soll nachher untersucht werden. Hier lassen wir diese Bedeutung vorläufig ruhen, denn daß die älteren Juristen auch noch eine andere mit Observanz verbanden, ergiebt sich daraus, daß sie neben dieser die praescriptio als Entstehungsgrund eines Familienfideicommisses anführen. Aber auch nach Ausscheidung der praescriptio ist der Begriff kein einfacher. Denn einmal ist das Herkommen nach Beseler[29]) nichts anderes, als Gewohnheitsrecht, Volksrecht, dem nur das eine Moment eines solchen, die auf dem Rechtsbewußtsein des

---

[22]) S. außer den oben angegebenen Schriftstellern Eichhorn, Einleitung § 368 Note oo. Mittermaier, Grundsätze I § 158 N. 13. Gerber, System § 84 N. 9. Walter, System § 470 N. IV. Vgl. Salza, Familienfideicommisse S. 14.

[23]) Bei Oldenhove, die vermeintliche Fideicommiß-Qualität des von dem weil. Regierungsreferendarius C. L. Reimer zu Aurich nachgelassenen, bei Hamswehrum belegenen Landguts „Boneborg“ genannt (Aurich 1865) Anh. II S. 10 f.

[24]) Beseler, System § 33. [25]) L. c. II c. 6 n 57.

[26]) L. c. I c. 5 n. 39 [27]) L. c. II c. 6 n. 6.

[28]) S. Beseler a. a. O. u. § 52 im Anfang. [29]) System § 33.

Volks beruhende innere Nothwendigkeit fehlt, und das seine Kraft und Bedeutung lediglich „durch die lange Dauer der Uebung, durch den inveterirten Gebrauch" erhält. Hieran können die älteren Juristen bei der Familienobservanz nicht gedacht haben; denn mochten dieselben auch noch so unklare Vorstellungen von der Entstehung der Fideicommißqualität durch Observanz haben, so konnten sie doch niemals unter Observanz einer bestimmten Familie das Herkommen im Sinne einer wirklichen Rechtsquelle verstehen, da aus dieser allgemeine Rechtsnormen hervorgehen, während jene nur für einen ganz kleinen Kreis Recht setzen soll. Eine solche Verwechselung darf man denselben um so weniger zur Last legen, als sie zwischen observantia generalis und particularis unterscheiden. Auch der Umstand kann hierbei gar nicht in Betracht kommen, daß sie mit der observantia die consuetudo identisch setzen, da diese weiter nichts als unser „Brauch", „Gebrauch" bedeutet[30]. Unter Observanz können wir demgemäß hier nur die Bildung von Rechtsnormen durch die lange Zeit hindurch fortgesetzte Uebung, durch die thatsächliche Anwendung einer Regel innerhalb eines kleineren Kreises verstehen. Durch die Observanz in diesem Sinne, die wir immerhin Herkommen nennen mögen, wie im canonischen Recht auch der Ausdruck consuetudo dafür vorkommt, wird Recht im objectiven Sinne begründet, entstehen allerdings Rechtssätze welche für diesen Kreis gelten und eine bindende Norm sind für alle einzelnen Personen, welche demselben angehören. Ist nun die Entstehung eines Familienfideicommisses durch Observanz in diesem Sinne möglich? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir zusehen, welches die Kreise sind, innerhalb deren sich das Herkommen in dieser Bedeutung geltend machen kann. Und da stimmen denn die einschlagenden Bestimmungen sowohl des deutschen[31] als des canonischen Rechts[32] darin überein, wie auch die gemeine Meinung der Juristen[33] dahin geht, daß es lediglich Corporationen sind, denen in dieser Beziehung zuweilen die Behörden, Collegia gleichgestellt werden. Da nun die Familie, abgesehen von der des hohen Adels, nicht als Corporation betrachtet werden darf, so kann man auch nicht von der in einer Familie herrschenden Observanz reden. Damit aber wird die Entstehung eines Familienfideicommisses durch

---

30) Vgl. C. 8 X. De consuet. (1, 4). C. 50 X. De elect. (1, 6).

31) Vgl. die von Beseler, System § 52 N. 3 angeführten Stellen aus Grimm's Weisthümern I S. 100. S. 184. S. 282. S. 386 f.

32) C. 8 X. De consuet. (1, 4). C. 50 X. De elect. (1, 6). C. 4 De consuet. in 6to. (1, 4).

33) Vgl. z. B. Glück, Pandekten-Commentar I §§ 81—87. Muehlenbruch, doctrina pandectarum I § 40. Puchta, das Gewohnheitsrecht (Erlangen 1828. 37) I S. 158. II S. 106 ff. Derselbe, Cursus der Institutionen I § 14. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I S. 44 ff. Beseler, System § 33. Der ganz abweichenden Ansicht von Gerber (s. System § 29) kann ich mich nicht anschließen.

eine solche unmöglich. Ist ein Gut lange Zeit unveräußert in einer Familie geblieben, so könnte es dadurch, selbst wenn es stets nach einer bestimmten Successionsordnung vererbt worden wäre, doch immer nur die Voraussetzungen eines Erb- oder Stammguts haben. Ob demselben aber die Natur und Beschaffenheit eines solchen überhaupt zugesprochen werden müßte, ob es namentlich den bei diesen in Betreff der Veräußerung und Vererbung bestehenden Beschränkungen unterläge, würde noch davon abhängen, ob durch das betreffende Particularrecht derartige Güter anerkannt würden, wie auch die nähere Beschaffenheit jener Beschränkungen selbst gleichfalls durch dieses bedingt sein würde. Niemals jedoch könnte, mag das Particularrecht Erb- und Stammgüter anerkennen oder nicht, durch den gedachten Umstand ein dem Familienfideicommiß entsprechendes Rechtsverhältniß begründet werden, da ein gewohnheitsrechtlicher oder ein gesetzlicher Satz das zur Fideicommißerrichtung erforderliche Rechtsgeschäft nicht ersetzen kann[34]). In neuerer Zeit wird demgemäß die Observanz als Entstehungsgrund eines Familienfideicommisses allgemein verworfen[35]).

Was die angebliche Begründung eines Familienfideicommisses durch praescriptio betrifft[36]), so will Knipschildt[37]) die Möglichkeit derselben mit allgemeinen Redensarten darthun, wie die praescriptio habe „vim pacti et contractus“, „vim legis“, „vim privilegii“, und so müsse auch ein Fideicommiß dadurch entstehen können. Namentlich, meint er, gelte dies von der unvordenklichen Verjährung, durch welche alle Rechte, selbst Regalien und kaiserliche Reservatrechte erworben werden könnten[38]). Auf solche Gründe brauchen wir uns natürlich nicht einzulassen, da es eben in Wahrheit gar keine sind; vielmehr müssen wir umgekehrt von der Natur des Fideicommißbandes ausgehen und sehen, ob diese eine Begründung durch Ersitzung — denn an diese haben wir lediglich bei der praescriptio zu denken — und Immemorialverjährung zulasse.

Durch die Usucapion wie durch unvordenkliche Zeit wird ein Rechtsverhältniß begründet, werden Rechte erworben. Solche Rechte gehen nun auch aus dem Familienfideicommiß hervor, und zwar sowohl für den jeweiligen Besitzer, als die Agnaten. Um einen Erwerb des Rechts des Besitzers kann es sich indeß hierbei nicht handeln, denn er braucht auf einen solchen Rechtstitel gar nicht zu recurriren, da er stets einen anderen, nämlich das Erbrecht

---

34) Gutachten der Berliner Juristen-Facultät a. a. O.

35) S. Eichhorn, Einleitung § 368 N. III. Salza, Familienfideicommisse S. 14. Derselbe in Weiske's Rechtslexicon IV S. 242. Mittermaier, Grundsätze I § 158 Note 13. Beseler, System § 176 N. I. Gerber, System § 84 Note 9. Gengler, Lehrbuch I § 58 N. 3 (S. 237). Walter, System § 470 N. IV.

36) Knipschildt l. c. VI n. 82—84. 37) L. c VI n. 82 seq.

38) L. c. VI n. 84.

für sich geltend machen kann. Er ist, so lange er als Fideicommißbesitzer anerkannt wird, gar nicht in der Lage, sein Eigenthumsrecht beweisen zu müssen; denn nimmt ein Dritter, außerhalb des Fideicommißverbandes Stehender, die Güter für sich in Anspruch, dann hat der Besitzer nicht sein Eigenthum an diesen Gütern zu erweisen, sondern das des Stifters, welcher diese Güter dem Familienfideicommiß gewidmet hat. Es handelt sich also nur darum, ob nicht das Eigenthumsrecht des Fideicommißinhabers durch das Fideicommißband, und demgemäß durch die für Andere hieraus erwachsenen Rechte beschränkt sei. Daher sind es die aus dem Fideicommißverbande für die Agnaten hervorgehenden Rechte allein, welche hier in Betracht kommen. Für die ordentliche Ersitzung fehlt es nun am Requisit des iustus titulus, welcher in einem Rechtsgeschäft bestehen müßte. Daß ein solches nicht vorliegt, ist ja eben der Grund, weshalb man seine Zuflucht zur Entstehung der Fideicommißqualität durch praescriptio nimmt. Somit kann die ordentliche Ersitzung gar nicht zur Sprache kommen. Aber auch die außerordentliche, wie die Immemorialverjährung sind nicht denkbar, denn von einem Besitz der Agnaten an den ihnen aus der Fideicommißqualität zustehenden Rechten, dem Anspruch auf das Erbrecht und der Befugniß, jede Veräußerung von Fideikommißgegenständen, sobald sie selbst zur Succession gelangen, anzufechten, dürfen wir nicht reden, wenn wir uns nicht der alten, heutzutage aber allgemein aufgegebenen Ansicht anschließen wollen, wonach die Ausübung eines jeden Rechts Besitz desselben genannt wurde[39]). Besitz ist aber nicht nur das Fundament für die außerordentliche Ersitzung, sondern auch für die unvordenkliche Verjährung[40]).

Die Willenserklärung, welche wir sonach für die Begründung eines Familienfideicommisses als wesentlich und nothwendig fanden, muß eine ausdrückliche sein[41]). Dem entsprechend bestimmt auch das Bayerische Edict über

---

[39]) Bruns, das Recht des Besitzes (Tübing. 1848) S. 383 f. S. 406—409. S. 422.

[40]) Vgl. Beseler, System § 52 im Anf. u. N. I.

[41]) Pözl, Bayer. Staats-Verfassungsrecht § 45 (S. 87). Zimmerle, Stammgutssystem S. 291. Die ältere Doctrin sprach in diesem Fall von fideicommissum expressum. Knipschildt l. c. II n. 21: Expressum fideicommissum est, quando instituens expressis et dispositivis verbis causaque adiecta de personis ad tale fideicommissum admittendis vel repellendis, quibusque alienatio prohibita vel permissa sit, voluntatem suam declarat. Im c. VI n. 86 kommt Knipschildt noch einmal darauf zurück, indem er bemerkt, daß ein solches Familienfideicommiß dann vorliege, quando institutor verbis expressis et ad hoc ordinatis et nominatim disponit hanc esse mentem et voluntatem suam, quod haec vel illa bona in sua familia ad eius meliorem et illustriorem conservationem apud masculos exclusis feminis perpetuo permanere nec ullo modo in extraneos alienari debeant, daß zu besserer Erhaltung und Aufnehmen des Geschlechts, Stammen und Namen deren von N. das Gut N. bey dem Mann-

Familienfideicommisse § 17: „Familienfideicommisse können nur durch eine ausdrückliche Erklärung entstehen". Das kann freilich so geschehen, daß der Stifter wörtlich angiebt, er wolle ein Familienfideicommiß errichten. Eine derartige Erklärung versteht auch das Bayerische Landrecht unter der „ausdrücklichen Declaration", welche es zur Begründung eines „Fideicommissum Familiae expressum" für nothwendig hält[42]). Hat nun der Stifter bei einer derartigen Anordnung das Verhältniß nicht näher bestimmt, so hat das Fideicommiß alle die Eigenschaften, welche nothwendiger Weise einem Familienfideicommiß innewohnen. Eine solche Erklärung findet sich nun aber weder immer[43]), noch ist dieselbe durchaus nothwendig; vielmehr genügt es, wenn aus der Verfügung des Stifters seine auf den angegebenen Zweck gerichtete Absicht bestimmt und deutlich hervorgeht[44]). Diese Absicht aus der im concreten Fall gethanen Aeußerung zu erschließen, ist Sache der juristischen Interpretation, worüber im Allgemeinen an dieser Stelle keine Regeln aufgestellt zu werden brauchen. Hier sollen nur die Grenzen angegeben werden, innerhalb deren die Erklärung sich halten muß, wenn daraus ein derartiger Schluß als möglich erscheinen soll.

---

lichen Stammen, Namen und Geschlecht N. ewiglich und so lange dasselbe währet, als ein recht Stamm-Gut verbleiben, und davon nichts durch einigen Contract, Testament oder anderwärtige Handlung, wie die Namen haben mag, verändert werden solle." Vgl. Stryck, de successione ab int. VII c. 1 § 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1.

[42]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 1. Es ist daher wohl nicht ganz correct, wenn Pözl a. a. O. die stillschweigenden Fideicommisse des älteren Bayerischen Rechts nach dem Edict vom 26. Mai 1818 allgemein für unzulässig erklärt, denn wie sich aus dem Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 2 ergiebt, gehören zu diesen stillschweigenden Fideicommissen auch solche, die mit Rücksicht auf ihre Begründung für durchaus rechtsbeständig anzusehen sind. So würde Pözl selbst sicher kein Bedenken tragen, eine Disposition, in welcher der Stifter die Veräußerung zum Zweck der Erhaltung der Familie verboten hat, als gültige Fideicommißstiftung anzuerkennen. Und doch rechnet der angeführte § 2 N. 1 des Cod. Max. eine derartige Anordnung zu den fideicommissa tacita. Ueberhaupt ist die Unterscheidung der älteren Juristen zwischen fideicommissem expressum und tacitum ohne Bedeutung, da unter dem letzteren alle Errichtungsarten von Fideicommissen zusammengeworfen werden, bei denen die wörtliche Anordnung eines „Familienfideicommisses" nicht vorliegt (Knipschildt l. c. VI n. 88—147), worauf eben gar kein Gewicht gelegt werden darf.

[43]) Das bemerkt bereits Molina l. c. I c. 5 pr.

[44]) Knipschildt VI n. 88. n. 96. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1 und § 2 N. 6. Wildner, Fideicommiß-Recht S. 90 f. Gutachten der Berliner Juristen-Facultät bei Oldenhove a. a. O. Auch Pözl a. a. O. N. 1 bestimmt das durch das Bayerische Edict aufgestellte Erforderniß einer ausdrücklichen Erklärung näher dahin, daß der Inhalt der Erklärung über die Absicht des Disponirenden, ein Fideicommiß gründen zu wollen, keinen Zweifel lassen dürfe.

Selbstverständlich hat die Anordnung des Testators, daß er seine Güter seiner oder einer bestimmten fremden Familie hinterlasse, noch keineswegs die Bedeutung einer Fideicommißstiftung. Vielmehr ist das einfach zu halten für eine Berufung (Erbeseinsetzung oder Honorirung mit Vermächtnissen) der sämmtlichen zur Zeit seines Todes lebenden Mitglieder der angegebenen Familie, welche in dem nächsten Verwandtschaftsgrade zu dem Testator oder dem von ihm genannten Haupt der fremden Familie stehen. Doch ist hierbei noch zu unterscheiden. Hat der Testator seine eigene Familie berufen, so gelten zunächst seine Kinder und entferntere Descendenten als bedacht, letztere freilich nur, wenn ihre Ascendenten nicht mehr am Leben sind. In Ermangelung von Kindern gelangen die Geschwister zur Succession; sind auch solche nicht da, immer die in demselben Grade stehenden nächsten von den entfernteren Verwandten. Hat dagegen der Testator seine Anordnung zu Gunsten einer fremden Familie getroffen, so bezieht sich dieselbe nach dem bei uns herrschenden Sprachgebrauch nur auf die Descendenten des genannten Familienhauptes, nicht auch auf die Geschwister und entfernteren Verwandten desselben, so daß also, wenn erstere beim Tode des Testators nicht vorhanden sind, die Anordnung als destitut zu betrachten ist.

Eben so wenig kann als Fideicommißerrichtung angesehen werden die Anordnung einer agnatischen Succession, selbst wenn dies in der Weise geschähe, daß Jemand seiner „Agnation" oder auch seinem „Hause" bestimmte Güter hinterließe. In der älteren Zeit war zwar die Ansicht vorherrschend, daß in allen Fällen, wo eine Verfügung zu Gunsten des Mannsstamms getroffen, per coniecturas ein Familienfideicommiß gefolgert werden müsse; und es hat dieselbe auch ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden im Bayerischen Landrecht, indem dieses im Thl. III C. 10 § 2 bestimmt: Ein stillschweigendes Fideicommiß wird z. E. gefolgert — 2 do. aus alleinig- oder vorzüglicher Beruffung des männlichen Geschlechts" [45]). So nahm man ein Familienfideicommiß an, wenn der Testator, mit Ausschluß näherer, weiblicher Verwandte, männliche instituirt und diesen ihre Söhne substituirt [46]), oder wenn derselbe seine Söhne zu Erben eingesetzt, den Töchtern dagegen nur ihre Mitgift vermacht hatte [47]) oder die Söhne instituirt und ihnen für den Fall, daß sie ohne männliche Descendenten verstürben, die Töchter und deren Nachkommenschaft substituirt [48]), oder auch nur die Cleriker von der Succession ausgeschlossen hatte [49]), sodann wenn der Testator den beiden Aeltesten (antiquiori-

[45]) Vgl. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1. § 2 N. 6.

[46]) Knipschildt l. c. VI n. 142.

[47]) Fusarius, de fideicommissaria substitutione qu. 499 n. 4. n. 21. Knipschildt l. c. VI n. 119. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1. § 2 N. 6.

[48]) Peregrinus, de fideicommissis art. 25 n. 26. Fusarius l. c. qu. 499 n. 22—24. Knipschildt l. c. VI n. 118.

[49]) Fusarius l. c. qu. 499 n. 26. Knipschildt l. c. VI n. 122.

bus s. senioribus) des Hauses[50]), oder dem resp. den Erstgeborenen seine Güter hinterlassen, oder bestimmt hatte, daß stets der Erstgeborene succediren sollte[51]); ebenso wenn er mehrere Grade von Substitutionen (natürlich der Agnaten) gemacht[52]), ja selbst wenn derselbe für den Fall, daß keine männliche Verwandte vorhanden wären, einen extraneus instituirt und diesem die Pflicht auferlegt hatte, seinen (des Testators) Namen und Wappen zu führen[53]). Endlich sollte auch genügen das Verbot, die Güter unter den Familiengliedern zu theilen[54]) und sogar die im Context der Disposition oder auch nur in der Einleitung (prooemium) derselben sich findende Bemerkung, daß die Verfügung zum favor oder conservatio der Familie geschähe[55]). In gleicher Weise wurde ein Familienfideicommiß gefolgert aus der Ausstellung eines Erbverzichts von Seiten der Töchter zur Erhaltung des Mannsstamms, „damit der Stamm, Nahme und Geschlecht dero zu N. desto stattlicher und beharrlicher erhalten, und sie ihren Stand ausführen mögen"; was zwar nicht unbestritten war, aber als gemeine Meinung angesehen wurde[56]). Hierbei sollte nämlich die renunciirte Portion „naturam fideicommissi, si non expressi, saltem taciti" annehmen. „Renuncians" gilt hierbei „pro primo fideicommittente", „die Mannserben, zu deren favor renuciirt worden ist, pro fideicommissariis", und zwar soll dies eben sowohl beim freiwilligen Erbverzicht gelten, als beim nothwendigen[57]), wie solcher nach altbayerischem Recht in Folge des Mandats des Kurfürsten Ferdinand Maria von 1672[58]) auch für Töchter des landsässigen Adels vorgeschrieben war. Hierbei wurde die renunciirte Portion nicht freies Eigenthum in der Hand des letzten Besitzers vom Mannsstamm, vielmehr fiel es nach seinem Tode an die Regredient-Erben. Solche lediglich auf Grund

---

[50]) Knipschildt l. c. VI n. 120. [51]) Molina l. c. I c. 5 n. 18. n. 32. n. 39.

[52]) Knipschildt l. c. VI n. 141.

[53]) Peregrinus l. c. art. 25 n. 27. Fusarius l. c. qu. 499 n. 13. Knipschildt l. c. VI n. 126. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1. § 2 N. 6.

[54]) Knipschildt l. c. VI n. 124.

[55]) Fusarius l. c. qu. 499 n. 1. Stryck, de cautel. testament. c. 21 § 24. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1. § 2 N. 6. Richter l. c. p. 58.

[56]) Vultejus, concilia Marpurgensia IV (Francof. a. M. 1631) cons. 47 n. 124. Knipschildt l. c. VI n. 123. Stryck, de succ. ab int. VIII c. 10 § 95. Lauterbach, collegium pandect. II l. 36 t. 1 § 6. Moser, Staatsrecht XVI S. 461 § 123. Harpprecht, de fideicommisso convent. n. 10. 67. 108 sq. Cramer, Nebenstunden Th. XVIII N. 4. bes. § 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 11 § 6 u. 7 N. 10. § 8 u. 9 N. 9. Auch noch Eichhorn, Einleitung § 368 N. III ist dieser Ansicht.

[57]) Cramer, de filia nobili vi consuetudinis vel pacti familiae renunciante — opusc. I n. 7. — § 20. Leyser, medit. ad pand. spec. 403 in fin. coroll. 1, der es nur für den nothwendigen Verzicht annimmt, während er beim freiwilligen anderer Meinung ist: spec. 402 n. 4 u. 5.

[58]) Luenig, corpus iur. feud. II Col. 525—527.

eines zu Gunsten des Mannsstamms ausgestellten freiwilligen oder nothwendigen Erbverzichts beruhenden Familienfideicommisse erkennt auch das Bayerische Landrecht ausdrücklich an. Es bestimmt nämlich im Thl. III C. 10 § 2: „Ein stillschweigendes Fideicommiss wird z. E. gefolgert — 3tio. Aus weiblicher Verzicht und Renunciation zu Favor des Manns-Stammens, nach mehreren Inhalt nächstfolgenden 11ten cap. 7ten § vi. Und in dem hier angeführten C. 11 § 7 heißt es: „Wenn nur zu Favor der Manns-Erben allein renuncirt wird, so nimmt die renuncirte Erbs-Portion Naturam Fideicommissi Familiae an sich, also und dergestalt, daß Renuncians gleichsam pro primo Fideicomittente und die Manns-Erben, zu deren Favor der Verzicht ausgestellt worden, pro Fideicommissariis geachtet werden. Solchemnach greift all jenes, was cap. praeced. von Fideicommissis Familiae versehen ist, auch disfalls in Terminis habilibus, und soweit es nemlich die Natur und Eigenschaft des denen Regredienten gebührenden Ruckfalls zulaßt, allerdings Platz. Insonderheit ist auch auf die Immatriculation des Regress Spruchs der behörige Bedacht zu nehmen, wenn anders derselbe in Ansehen eines Drittens Effectum Fideicommissi nach sich ziehen soll".

Diese Theorie der älteren Juristen ist nun aber als eine unhaltbare zu bezeichnen, auch sie ist hervorgegangen aus der Auffassung des Familienfideicommisses überhaupt. Ist dieses lediglich ein allgemeiner Begriff, unter den sämmtliche Institute, welche sich im Güterrecht des hohen und niederen Adels entweder aus dem älteren germanischen Rechtssystem erhalten oder neu ausgebildet hatten, zusammengefaßt, und gleichsam ein wissenschaftliches, d. h. römisches Gewand erhalten sollten, so läßt sich auch gegen die hier angegebene Meinung nichts sagen. Sobald jedoch jene Auffassung als eine irrige verworfen wurde, so mußten auch diese Entstehungsgründe eines Familienfideicommisses verschwinden. Alle die hier aufgeführten Fälle sind, wo sie vorkommen, zum Theil für einfache testamentarische Anordnungen oder fideicommissarische Substitutionen, ohne irgend welche weitergehende Bedeutung, zum Theil aber für vollkommen ungültig und kraftlos zu halten. Hat der Testator seine Töchter oder sonstigen nächsten weiblichen Verwandten im Testament nicht bedacht oder ihnen nur einen geringen Theil seiner Erbschaft zur Aussteuer vermacht, und dafür entferntere männliche Verwandte zu Erben eingesetzt, oder hat er die Töchter und deren Descendenz den instituirten Söhnen nur für den Fall, daß sie ohne männliche Nachkommen verstürben, substituirt, hat er aus der Zahl seiner Söhne diejenigen, welche Cleriker sind, von seiner Erbschaft ausgeschlossen, so ist das salva legitima vollkommen gültig; ebenso wenn er seinen Söhnen vulgariter oder für den Fall, daß sie ohne männliche Erben versterben, fideicommissarisch einen extraneus substituirt, diesem jedoch die Führung seines (des Testators) Namens und Wappens als Bedingung gesetzt hat. Jedoch hieraus eine weitergehende Wirkung abzuleiten, hieraus die Absicht des Testators zu folgern, ein Familienfideicommiß zu gründen, dafür

liegt durchaus kein Grund vor, wie schon Molina[59]) aus einer derartigen Anordnung nur dann die Absicht der Errichtung eines Majorats folgern will, wenn ein Veräußerungsverbot und andere Spuren eines Majorats hinzukämen. Weshalb der Testator eine derartige Anordnung getroffen, haben wir nicht zu untersuchen, das Motiv einer Willenserklärung ist regelmäßig irrelevant, geschweige denn, daß wir dasselbe aus dieser erst eruiren und daraus dann wieder die Willenserklärung selbst ergänzen oder, besser gesagt, erweitern dürften. Hat der Testator mehrere Grade von Substitutionen gemacht, so ist das wieder einfach eine fideicommissarische Substitution. Hat er die Theilung seines Vermögens oder bestimmter Güter verboten, so ist das für einen der Erbeseinsetzung oder dem Legat zugefügten modus zu betrachten, dessen Beobachtung durch jeden Interessenten, durch jeden Miterben erzwungen werden kann, woraus zugleich folgt, daß eine Theilung nichts desto weniger vor sich gehen kann, sobald nur sämmtliche Erbintereſſenten darin übereinstimmen. Hat der Testator bestimmt, diese Güter sollen an die beiden Aeltesten des Hauses fallen, so kann man dem zunächst wohl nur die Bedeutung beilegen, daß die beiden ältesten Söhne des Testators diese allein erhalten sollten. Hat derselbe aber keine Söhne, so fragt es sich, ob er einem Verwandtenkreise angehört, dessen einzelne Mitglieder in einem engeren Zusammenhange stehen, und zwar einem solchen, der außer dem Intestaterbrecht noch sonst juristische Folgen hat, was man aber keineswegs von jeder adeligen Familie sagen kann, sondern hauptsächlich nur von solchen Familien, die bereits im Lehns- oder Fideicommißverbande stehen. Alsdann sind unter den Aeltesten überhaupt die ältesten Mitglieder dieser Familie zu verstehen. Ist dies jedoch nicht der Fall, so sind die Aeltesten eben einfach die beiden ältesten nächsten Verwandten. Hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob der Testator den Namen des Hauses genannt oder nicht, sondern dasselbe lediglich als „unser Haus" bezeichnet hat. Weder ein Familienfideicommiß noch auch nur eine Successionsordnung, welche für immer rücksichtlich der vom Testator hinterlassenen Güter zur Anwendung zu bringen wäre, läßt sich daraus ableiten[60]). Das ist auch in dem Fall zu sagen, wenn der Testator den

[59]) L. c. I. c. 5 n. 34.

[60]) Diese Absicht, eine Successionsordnung einzuführen, würde alsdann geschlossen werden dürfen, wenn der Testator der in Rede stehenden Verfügung ein „stets" oder „immer" beigefügt, also etwa bestimmt hätte: die Güter sollen stets auf die beiden Aeltesten meiner Familie fallen. Welche Bedeutung jedoch die Anordnung einer Successionsordnung allein hat, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die bloße Verfügung, daß die Güter stets in einer bestimmten Familie vererbt werden sollten, schon zur Begründung eines Familienfideicommisses hinreiche und überhaupt rechtsbeständig sei. Auf diese Frage wird unten bei der Erörterung der Requisite des Veräußerungsverbots eingegangen werden. Hier mag nur gleich darauf hingewiesen werden, daß bereits Moser, Familien-Staats-Recht C. 19 § 48 (II S. 1223) die Frage: „Ob eine Primogenitur allemal auch

Aeltesten oder Erstgeborenen der Familie zur Succession berufen hat. Was endlich die zur Erhaltung des Ansehens des Mannsstamms abgegebenen Erbverzichte der Weiber betrifft, so muß es natürlich da, wo das Particularrecht bestimmt, daß dadurch, und zwar für die renunciirten Vermögenstheile ein Familienfideicommiß entstehe, dabei sein Bewenden haben, vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus ist dies dagegen durchaus in Abrede zu stellen. Denn an der Willenserklärung, auf der jede Fideicommißstiftung beruhen muß, fehlt es eben hier vollständig; die renunciirende Tochter denkt bei der Ausstellung des Erbverzichts an nichts weniger, als daß sie ein Familienfideicommiß errichte. Die Fiction des Bayerischen Landrechts, wonach eben die Renunciantin als Fideicommiß-Stifterin erscheint, ist durchaus willkürlich. Es ist gar nicht abzusehen, weshalb hier eine Fideicommißerrichtung angenommen wird, während das Bayerische Landrecht die Annahme einer solchen in Betreff des s. g. Mannsvortheils, welcher in Bayern bei „Edelmanns-Freiheit fähigen Personen" „dem älteren Mannserben in defectu dispositionis" ebenfalls nach dem Mandat von 1672 gebührte, geradezu ausschließt[61]), obwohl auch dieses Institut „zu mehrern Aufnahm der Familie eingeführt worden". Denn der von Kreittmayr[62]) für diese verschiedene Behandlung angeführte Grund, daß das Quantum, worin der Mannsvortheil bestehe, gemeiniglich nicht von der Importanz sei, daß der Familie viel dadurch geholfen wäre, kann als solcher nicht gelten, da das, was er geltend macht, etwas rein Factisches ist, was in dem einen Falle zutrifft, in dem anderen nicht. Der der Einführung des Mannsvortheils zu Grunde liegende und im Mandat von 1672 ausgesprochene Zweck war derselbe, wie bei den Erbverzichten der Töchter, nämlich der, das Ansehen der Familie zu erhalten. Das könnte allein maßgebend gewesen sein.

Wollen wir nun die Requisite einer Willenserklärung, in welcher die Errichtung eines Familienfideicommisses zu finden ist, feststellen, so müssen wir vom Begriff und Zweck des letzteren ausgehen. Dieser ist in irgend einer Weise anzudeuten. Der Stifter muß daher zu erkennen gegeben haben,

---

ein in Teutschland herkömmliches Fideicommiß unter sich begreife?" mit den Worten beantwortet: „und da muß ich Nein! darzu sagen: dann das Recht der Erstgeburt zeigt, schon berührtermassen, nur an, in welcher Ordnung die Lande von einem Erben auf den andern verfället werden sollen; ob aber der Besitzer etwas davon beschweren, verpfänden oder veräußern könne, oder nicht, oder allenfalls wie ferne, auf was Weise, und unter was für Bedingungen und Cautelen? Das ist etwas ganz andres, so mit der Erbfolge-Ordnung keinen unzertrennlichen Zusammenhang hat."

[61]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 2: Dahingegen läßt sich 5to. weder aus dem sogenannten Manns-Vortheil noch dem bloßen Einstands-Recht, welches etwan der Familie eingeräumt worden, ohne anderweit näherer Erklärung ein stillschweigendes Fideicommiss erzwingen."

[62]) Anmerkungen III C. 10 § 1 und § 2 N. 8. Auch Moshamm, Geschlechts-Fideicommisse S. 32 schreibt es diesem nach.

daß er die zum Fideicommiß gewidmeten Güter der damit bedachten Familie für immer erhalten wissen wolle. Daraus geht hervor, daß in jeder Stiftungsurkunde der Ernennung derjenigen, welche zum Genuß der dem Fideicommiß gewidmeten Güter gelangen sollen, ein Veräußerungsverbot hinzuzufügen ist[63]. So heißt es in einem im fürstlich Oettingischen Streit ergangenen Reichshofraths-Gutachten von 1740[64]: „Es ist demnach klar und unleugbar, daß in diesen beiden §§ 4 und 6 (scil. der Oettingischen Erbeinigung von 1522) die Alienatio extra Familiam, und zwar um der expresse praemittirten Ursach willen, ut Bona in Familia maneant, excepto solo necessitatis casu verboten, und zwar sowohl inter vivos, als per ultimam voluntatem: Worinnen eigentlich die definitio Fideicommissi Familiae bestehet". Daß hier nicht von einem eigentlichen Familienfideicommiß, sondern von der Erbeinigung eines reichsständischen Hauses die Rede ist, nimmt der Stelle nicht ihre Beweiskraft, da sie doch immer zeigt, worauf es bei wirklichen Familienfideicommissen ankommt. Indeß ein Veräußerungsverbot allein läßt noch keinen Schluß auf eine beabsichtigte Fideicommißerrichtung zu. Einmal nämlich kann ein solches Verbot juristisch ganz wirkungslos sein und lediglich die Bedeutung eines guten Raths haben. Dies ist der Fall, wenn dem Veräußerungsverbot weder der Grund desselben hinzugefügt, noch eine Person, zu deren Gunsten dasselbe erlassen, vorhanden ist. In diesem Fall wäre nämlich Niemand da, der das Verbot geltend machen könnte[65]. Aber auch nicht jeder Grund oder die Hinzufügung irgend einer Person genügt hierzu. Vielmehr muß als Grund die Absicht angegeben werden, die Güter der Familie, eigener des Stifters oder fremder, zu bewahren und dadurch deren Ansehen aufrecht zu erhalten[66], als berechtigte Personen also, in deren Interesse die Anordnung getroffen, eben diese ganze Familie (d. h. nicht als juristische Person, sondern in ihren einzelnen Mitgliedern) genannt werden[67]. So

---

[63]) Boehmer, de fundamento pactorum familiae c. 1 § 5. Eichhorn, Einleitung § 368 im Anf. Salza, Familien-Fideicommisse S. 16. Derselbe in Weiske's Rechtslexicon IV. S. 242. Beseler, System § 176 Note 5. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, aus der Praxis des Ober-Tribunals zu Berlin XV N. 14 S. 64. Gutachten der Berliner Juristen-Facultät bei Oldenhove a. a. O. S. 10 f.

[64]) Bei Moser, Familien-Staats-Recht C. 19 § 46 (II. S. 1220).

[65]) L. 114 § 14 De legat. I (30). L. 38 § 4 De legat. III (32). L. 5 De reb. dub. (34, 5). Vgl. Peregrinus, de fideicommissis art. 14 n. 1. Fusarius, de fideicommissaria substitutione qu. 685 n. 1 sq. Petra, de fideicommissis qu. 1 n. 2 sq. Knipschildt l. c. VI n. 349—351. Stryck, de succ. ab int. VII c. 1 § 17 § 35.

[66]) Molina l. c. I c. 5 n. 1.

[67]) Molina l. c. I c. 5 n. 6 n. 12. Fusarius l. c. qu. 688. Knipschildt l. c. VI n. 371. Stryck, de cautel. testament. c. 21 m. 1 § 32. Kreitt-

verordnet auch das Bayerische Landrecht Th. III C. 10 § 2: „Ein stillschweigendes Fideicommiß wird z. E. gefolgert 1mo. aus dem Verbott der Veräusserung, sofern solches nicht simpliciter, sondern in Absicht auf die Familie und derselben zum Besten geschiehet." — Und in gleicher Weise das Oesterreichische Gesetzbuch § 618: „Ein Fideicommmiß (Familienfideicommiß) ist eine Anordnung, kraft welcher ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird". Ebenso nennt das Sachsen-Weimarische Gesetz über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form vom 22. April 1833 § 1 nur solche Verträge und letztwillige Verordnungen über ein ganzes Vermögen oder einzelne Theile desselben Familienfideicommisse, welche jenes mit Rücksicht „auf alle oder doch auf mehrere Geschlechtsfolger für ein unveräußerliches Familieneigenthum erklären. Nichts anderes bedeutet endlich auch die Bestimmung des Badischen Landrechts Art. 577 ca.: „Stammgut[68]) ist dasjenige Vermögen, welches zu Erhaltung eines Namens und Stamms gesetzmäßig ausgeschieden ist". Erst durch die Angabe eines solchen Grundes, also durch Hervorheben der Familie, als der bei der Anordnung interessirten, unterscheidet sich die Errichtung eines Familienfideicommisses von einer einfachen fideicommissarischen Substitution. Dieser Zweck des Veräußerungsverbots kann in verschiedener Weise ausgedrückt werden. Der Stifter kann sagen, er verbiete die Veräußerung der Güter, weil er sie der Familie erhalten wissen wolle. Er darf aber auch die Rücksichtnahme auf die Familie gleichsam mit dem Veräußerungsverbot verweben, so indem er sagt, er verbiete die Veräußerung außerhalb der Familie[69]). Ebenso kann allerdings der Umstand, daß dies zum Zweck der Erhaltung des Ansehens der Familie geschehe, besonders hervorgehoben werden. Sehr häufig aber wird es gar nicht nöthig sein, indem es sich aus der Art und Weise, wie der Familie Erwähnung geschieht, schon von selbst ergiebt. So wird es des gedachten Zusatzes wohl kaum bedürfen, wenn der Stifter gesagt hat, er verbiete die Veräußerung der Güter, damit dieselben der Familie erhalten blieben, wie das auch Kreittmayr[70]) für ausreichend erklärt.

Für das Veräußerungsverbot selbst läßt sich eine bestimmte Ausdrucksweise nicht fordern, sondern auch hierfür können wir die von Justinian mit Rücksicht auf die Annahme eines Legats oder Fideicommisses ausgesprochenen Worte anwenden: Omne verbum significans testatoris legitimum sensum

---

mayr a. a. O. III C. 10 § 1 und 2. Salza in Weiske's Rechtslexicon IV S. 242 f. S. auch das oben (S. 102) angegebene Reichshofraths-Gutachten.

[68]) Das Badische Landrecht bezeichnet, wie auch andere neuere Gesetze mit Stammgut lediglich das Familienfideicommiß.

[69]) Knipschildt l. c. VI n. 367.

[70]) Anmerkungen III C. 10 § 1 und 2.

utile atque validum est. Der Stifter kann demnach sowohl wörtlich das Veräußerungsverbot aussprechen, als auch eine andere Anordnung treffen, aus welcher sich jenes von selbst ergiebt[71]). Als eine solche könnten aber nur Verfügungen der Art gebraucht werden, wie: er verordne, daß diese Güter stets der Familie, seinen Descendenten u. s. w. erhalten würden[72]), niemals aus der Familie fallen[73]), in fremde Hände gelangen dürften[74]). Daß das Veräußerungsverbot nicht immer ein wörtliches sein müsse, ergiebt sich schon daraus, daß es bei einer jeden Willenserklärung genügt, wenn die gebrauchten Worte den Willen genau kennzeichnen und unzweifelhaft enthalten. Wollten wir stets ein wörtliches Verbot verlangen, so müßten wir, wenn auch der Stifter geradezu gesagt hätte: „ich errichte ein Familienfideicommiß", doch noch ein Veräußerungsverbot fordern, obwohl dieses bereits in der gedachten Anordnung enthalten ist und lediglich als nothwendige Consequenz derselben erscheint. Man könnte dem entgegensetzen wollen L. 38 § 3 De legat. III (32): Fundum Titianum a filio, quoad vixerit, vetuit venundari, donari, pignorari et haec verba adiecit: Quod si adversus voluntatem meam facere voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere: ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro nunqaum exeat. Quaesitum est, cum vivus filius sum fundum secundum voluntatem patris retinuerit, an defuncto eo non ad heredes scriptos a filio, sed ad eos, qui de familia sunt, pertineat? Respondi: hoc ex voluntate defuncti colligi posse filium, quoad viveret, alienare vel pignorare non posse, testamenti autem factionem et in eo fundo in extraneos etiam heredes habiturum. Hiernach hat es nämlich allerdings den Anschein, als ob ein Veräußerungsverbot geradezu wörtlich gefaßt sein müßte, denn nur den Worten: vetuit venundari, donari, pignorari wird die Kraft beigelegt, wirksam eine Veräußerung zu verhindern, nicht dagegen den Worten: ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat. Allein dagegen ist zu sagen, daß der Testator mit diesen letzteren Worten gar nicht sein Veräußerungsverbot wiederholt und generalisirt, sondern nur die von ihm erwartete Wirkung des oben ausgesprochenen Verbots angiebt, wodurch natürlich jener keine weiter gehende Bedeutung beigelegt werden konnte, als die Worte zulassen. Wenn neuere

[71]) Knipschildt l. c. VI n. 90 n. 169. IX n. 109. XI n. 5. n. 6; vgl. n. 8 sq. Stryck, de cautel. testament. c. 21 m. 1 § 32 sq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1 § 2 N. 6 u. 7. Eichhorn, Einleitung § 368 Note oo. Salza, Familien-Fideicommisse S. 14.

[72]) Knipschildt l. c. VI n. 99 sq. n. 102. 105. 109. 116.

[73]) L. 67 § 5 De legat. II (31): — peto, ne fundus de familia exeat. Vergl. Knipschildt l. c. VI n. 107 sq. n. 117.

[74]) Molina l. c. I c. 5 n. 16. Stryck, de succ. ab int. VII c. 1 § 17.

Juristen, wie Mittermaier[75]), Beseler[76]), Gerber[77]), fordern, daß diese Güter kraft ausdrücklicher Anordnung für unveräußerlich erklärt werden, so hat dies keine andere Bedeutung, als wenn wir oben für die Begründung eines Familienfideicommisses eine ausdrückliche Willenserklärung verlangten; es soll dadurch eben nur, wie das auch in dem Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät über die Fideicommißqualität des Guts Boneborg[78]) hervorgehoben ist, die Möglichkeit der Annahme eines durch Observanz entstandenen Veräußerungsverbots abgewiesen werden.

Wenn aber auch das Veräußerungsverbot in keine bestimmte Form eingekleidet zu werden braucht, so muß es doch unzweifelhaft und vollständig sein, und zwar sowohl auf Veräußerungen unter Lebenden als Verfügungen von Todes wegen sich beziehen, welches letztere freilich bereits der Fall ist, sobald der Stifter über die Erbfolge etwas bestimmt, sobald er die Personen berufen hat, an welche nach dem Tode des zuerst Bedachten die Güter gelangen sollen. Außerdem darf dasselbe natürlich nicht einer bestimmten Person gesetzt sein[79]). Hier aus dem muthmaßlichen Willen des Stifters die mangelhafte Erklärung ergänzen und aus dem Verbot der einen Art von Veräußerungen einen Schluß auf die andere ziehen, ist unstatthaft. Das zeigt uns bereits die angeführte L. 38 § 3 De legat. III (32). Es ist, wie ich aus der Stelle entnehmen zu können glaube, gar nicht unwahrscheinlich, daß der Testator nicht nur Veräußerungen unter Lebenden, sondern auch letztwillige Verfügungen über den fundus Titianus verhindern wollte; wenigstens läßt sich sonst die von ihm ausgesprochene Hoffnung, daß in Folge seiner Anordnung das Grundstück der Familie des Erben für immer werde erhalten werden, gar nicht erklären. Er erwartet eben, seine Anordnung werde den Erfolg eines Familienfideicommisses haben. Nichts desto weniger erklärt der Jurist letztwillige Verfügungen des Erben über das Gut für statthaft und wirksam, da das Veräußerungsverbot des Testators nicht auch gegen solche gerichtet, und nimmt dabei auf den muthmaßlichen Willen desselben, da er nicht direct zum Ausdruck gekommen, sondern nur als Motiv seiner Anordnung überhaupt angedeutet war, keine Rücksicht. So wenig hiernach der Schluß vom Verbot der Veräußerungen unter Lebenden auf letztwillige Verfügungen möglich erscheint, so wenig ist der umgekehrte Schluß gerechtfertigt. Ich hebe dies

---

[75]) Grundsätze I § 158 N. II. [76]) System § 176 vor Note 5 (S. 722 f.)

[77]) Beiträge zur Lehre von deutschen Familienfideicommissen; in seinen und Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. I S. 87 f.

[78]) Bei Oldenhove a. a. O. Anl. I S. 10.

[79]) Eine derartige Anordnung hat lediglich die Natur eines römischrechtlichen Fideicommisses, wie das ausgesprochen ist in einem Erkenntniß des O. A. G. zu Rostock vom 5. September 1850, bei Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten VII N. 209 (neuer Abdr. II S. 269 f.)

deshalb noch besonders hervor, weil in dem an die berufenen Erben erlassenen Verbot jeglicher letztwilliger Verfügung leicht die vollständige Errichtung eines Familienfideicomisses gefunden, und daraus dann wieder der Schluß auf die Unstatthaftigkeit auch von Veräußerungen unter Lebenden gezogen werden dürfte. Diese Ansicht stellen denn in der That ältere Juristen auf[80]), und auch in der neuesten Zeit ist dieselbe vertreten in dem erwähnten Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät. In dem demselben zu Grunde liegenden Fall hatte der Testator nach Instituirung der Erben rücksichtlich der von ihm hinterlassenen Immobilien verordnet: „Jedoch was feste Güter seyn, als Häuser und Ländereyen, — an Niemand als Leibeserben oder in der St.... schen Familie vererbt werden möge.“ Das Göttinger Gutachten[81]) findet vollkommen richtig, daß mit diesen Worten eine dauernde Erbfolge für die Güter angeordnet werde; und hierin stimmt mit demselben das gleichfalls bereits angeführte Gutachten der Berliner Juristen-Facultät[82]) überein. Allein wenn nun das Göttinger Gutachten weiter geht, und in den angegebenen Worten die Errichtung eines Familienfideicommisses findet, so ist demselben darin nicht beizupflichten. Hierzu fehlt es eben, da es nicht wörtlich angeordnet ist, an dem Veräußerungsverbot[83]). Das Göttinger Gutachten macht für seine Auffassung geltend, daß nach römischem Recht in der Anordnung des Testators: peto, ne fundus de familia exeat, oder: ne fundus alienetur, sed in familia relinquatur, eine Honorirung der Familie, die Errichtung eines Familienfideikommisses liege. Dies gebe ich zu; aber eine solche Anordnung liegt eben hier nicht vor.

---

[80]) Knipschildt VI n. 125 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

[81]) Bei Oldenhove a. a. O. S. 4—7. [82]) Bei Oldenhove, Anl. II S. 7.

[83]) Demgemäß ist auch die Erklärung, welche das königlich Sächsische Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 vom Familienfideicommiß giebt, geradezu verkehrt. Es faßt nämlich (im § 2527) das Familienfideicommiß auf als eine Disposition, worin „der Erblasser verordnet, daß die Erbschaft, ein ideeller Theil derselben oder einzelne Gegenstände nur in seiner oder einer anderen Familie vererbt werden sollen.“ Freiesleben, die Familienanwartschaft nach dem neuesten sächsischen Rechte (Leipzig 1868) S. 25 ff. führt aus, daß das Gesetzbuch das Familienfideicommiß oder, wie es selbst dieses nennt, die Familienanwartschaft, als eine Species der fortgesetzten Anwartschaft, d. h. der fideicommissarischen Substitution betrachte und sucht eine derartige Auffassung zu rechtfertigen. Nun ist es zwar richtig, daß das Gesetzbuch diese Familienanwartschaft als eine eigenthümliche Gestaltung der Vermächtnißanwartschaft, d. i. der fideicommissarischen Substitution behandelt (vgl. § 2529), allein wenn in Betreff dieser letzteren im § 2526 angeordnet wird: „Hat ein Erblasser dem Erben die letztwillige Verfügung über einen Gegenstand verboten, so gilt dies als eine Anwartschaft zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erben“; so ist auch das eine durchaus willkürliche und dem civilistischen Begriff der fideicommissarischen Substitution in keiner Weise gemäße Bestimmung.

Was die Bedeutung derartiger Dispositionen betrifft, so ist natürlich einem Verbot von Veräußerungen unter Lebenden nicht jede Wirksamkeit abzusprechen. Es gilt, soweit ihm eine solche vom Disponirenden verliehen, d. h. eine Bestimmung für den Fall des Zuwiderhandelns getroffen, und namentlich ein Interessent aufgestellt ist, der jenes geltend machen kann. Allein dasselbe kann seine Wirksamkeit über das Leben des zuerst Berufenen hinaus nicht äußern, da dieser ja letztwillig über die Güter disponiren kann. Dagegen ist die einfache Untersagung letztwilliger Verfügungen verbunden mit der Anordnung eines besonderen Erbrechts für die hinterlassenen Güter ganz und gar wirkungslos; denn in diesem Fall liegt keine Möglichkeit vor, den Erben oder sonst zuerst zum Besitz der Güter Gelangenden zu nöthigen, diese bei seinem Tode auch wirklich zu hinterlassen, da derartige Verfügungen überhaupt nach gemeinem Recht, abgesehen vom Recht des hohen Adels nur in der Form des Familienfideicommisses Kraft haben[84]). Die Anordnung einer bestimmten Successionsordnung im Testament oder einer sonstigen Disposition hat also nicht nur keineswegs die Bedeutung einer Fideicommißstiftung, sondern ist überhaupt wirkungslos, abgesehen davon, daß dieselbe, wenn sie in einer letztwilligen Verfügung getroffen ist, die Kraft einer Erbeseinsetzung oder eines Vermächtnisses hat, man sich also danach bei der Bestimmung des zuerst zum Genuß der Güter Gelangenden richten muß. Das gilt also in dem bereits oben[85]) erwähnten Fall, wenn bestimmt war, daß stets die beiden ältesten Mitglieder der Familie, oder das älteste, oder auch der Erstgeborene zur Succession gelangen sollte. Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß die Sache ganz anders liegt, wenn der Testator ein „Majorat" oder eine „Primogenitur" wörtlich angeordnet hat. Denn das ist ebenso aufzufassen, als wenn derselbe bestimmt hätte, er errichte ein Familienfideicommiß, und zwar ein Majorat resp. Primogenitur; oder ein Familienfideicommiß, in welches von gleich nahen Verwandten stets der älteste, oder in welches stets der Erstgeborene succediren soll[86]). Man könnte zwar leicht den Vorwurf der Inconsequenz oder wenigstens der Wortklauberei erheben, daß ich im letzteren Fall ein Familienfideicommiß annehme, während ich es im ersteren läugnete. Allein die Fälle sind wesentlich verschiedener Art. Primogenituren und Majorate kommen allerdings als verschiedene Successionsordnungen im Güterrecht des hohen Adels vor, aber auch als Formen des Familienfideicommisses[87]), und an diese hat unzweifelhaft

[84]) Gutachten der Berliner Juristen-Facultät a. a. O. S. 9. Ebenso wird dies geltend gemacht in einem Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 15. Febr. 1854 bei Seuffert, Archiv IX N. 194 (neuer Abdr. II S. 636.)

[85]) S. 100 f.

[86]) Vgl. Posse, über die Sonderung reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft S. 47 f.

[87]) Vgl. Oesterr. Gesetzbuch § 619: „Das Fideicommiß ist insgemein entweder eine Primogenitur, oder ein Majorat, oder ein Seniorat" —. Deshalb darf man

der Disponirende gedacht, da er sich nur ihrer bedienen kann. Nun ist es aber doch zulässig, statt des genus die species zu gebrauchen. Im ersteren Falle ist es dagegen durchaus unsicher, ob der Testator in Wahrheit überhaupt ein Familienfideicommiß hat errichten wollen. Er kann es für ganz irrationell halten, seinen Erben in der freien Verfügung über die ihm hinterlassenen Güter in irgend einer Weise zu beschränken, kann aber dennoch, weil durch Erbschaftstheilungen das Vermögen, auch wenn die jeweiligen Besitzer dasselbe zusammenhalten und vermehren, für den Einzelnen im Lauf der Zeit und im Wechsel der Generationen mehr und mehr verringert wird, diese für immer verbieten und anordnen wollen, daß sein Vermögen stets, auch in den späteren Generationen, nur auf einen vererbt werde. Daß er dadurch etwas Unmögliches verordnet, darf uns nicht bestimmen, selbst für die Willenserklärung die richtige Form zu suchen, und zur angeordneten Successionsordnung auch das Veräußerungsverbot hinzuzufügen. Denn wir wissen ja nicht, was der Stifter gethan haben würde, wenn ihm die Ungültigkeit seiner Anordnung bekannt gewesen. Es ist eben so möglich, daß er in solchem Fall seine Successionsordnung zurückgezogen und sich jeder Verfügung über das spätere Schicksal seines Nachlasses enthalten, als daß er der Successionsordnung noch ein Veräußerungsverbot hinzugefügt hätte.

Hierbei kann es vom Standpunkt des heutigen Rechts aus keinen Unterschied begründen, ob man, worüber die ältesten Juristen stritten[88]), die Familienfideicommisse für odiosa oder favorabilia hält; denn auch in dem letzteren Fall kann man niemals über den vom Stifter geäußerten und mit Sicherheit der Erklärung zu entnehmenden Willen hinausgehen. Es hört sich ganz gut an, klingt ganz vernünftig, wenn Knipschildt[89]) als Interpretationsregel den Satz aufstellt: in fideicommissis illud pro disposito habetur, quod, si testator de eo cogitasset, vel interrogatus verisimiliter disposnisset; nur Schade, daß ein Jeder gerade das, was er selbst sich denkt oder selbst für angemessen hält, den Testator antworten läßt! Auch das römische Recht hat gewisse caussae favorabiles, bei denen eine benigna interpretatio eintreten sollte. Allein diese benigna interpretatio äußerte sich doch auch hauptsächlich nur darin, daß die Strenge des römischen Rechtsformalismus gemildert und mehr auf den Willen als auf die Form gegeben wurde, keineswegs aber darin, daß man bei Rechtsgeschäften eine Conjectural-Interpretation übte. Auch bei diesen caussae favorabiles ist maßgebend die Willenserklärung des Disponenten, und auch für sie gilt die Regel: qui aliud dicit, quam vult,

---

mir auch nicht das oben (Note 60) beigebrachte Citat aus Moser entgegenhalten, denn er spricht von den güterrechtlichen Instituten der reichsständischen Familien, bei denen allerdings eine besondere Successionsordnung, also auch Primogenitur gelten konnte, ohne daß ein Veräußerungsverbot bestand.

[88]) Vgl. Knipschildt l. c. VII n. 81 sqq. [89]) L. c. III n. 6.

neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. Und daß man auch bei letztwilligen Verfügungen, welche man, wenn es irgend möglich war, aufrecht zu erhalten suchte, und für welche man den Grundsatz aufstellte: cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est, cogitatum, credendum est; nicht eine jede Erklärung so lange zustutzte, bis sie dazu brauchbar wurde, zeigen hinlänglich Stellen, wie L. 73 § 3 De R. J. (50. 17): Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent; was doch nicht blos auf solche Erklärungen geht, die absolut sinnlos, sondern auch auf solche, die juristisch ohne Bedeutung sind, sowie L. 7 § 2 De supell. leg. (33, 10): — etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam, καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ dicere existimamus; welche letztere Stelle sich gerade auf den Fall bezieht, wo der Wille des Disponirenden anders woher bekannt war. Hiermit wird denn auch die Meinung Molina's[90]) widerlegt, welcher ein Majorat annehmen will, si ante factum testamentum testator professus fuit se maioratum instituere velle, auch wenn seine wirklich getroffenen Anordnungen keinen so sicheren Schluß auf die beabsichtigte Begründung eines solchen zulassen.

Zuweilen ist freilich das einem Verbot von Veräußerungen unter Lebenden oder Verfügungen von Todes wegen beigefügte Motiv geradezu ein ungeschickter Ausdruck für eine Fideicommißerrichtung. Hat der Testator z. B. gesagt: „ich verbiete meinen Erben, die überkommenen Güter zu verschenken, zu vertauschen, zu verkaufen, zu verpfänden"; oder umgekehrt: „ich untersage meinen Erben jede letztwillige Verfügung über mein Vermögen, da ich will, daß dasselbe für immer meiner Familie erhalten bleibe"; oder auch nur „dasselbe für immer meiner Familie erhalten bleiben soll"; so enthält der letzte Satz offenbar eine Fideicommißerrichtung. Die Sache liegt hier nicht anders, als wenn der Testator gesagt hätte: „mein Vermögen soll für immer meiner Familie erhalten bleiben, und verbiete ich demgemäß meinen Erben, die überkommenen Güter zu veräußern"; oder — „letztwillig über das Vermögen zu verfügen". Der letzte Satz wäre ganz überflüssig, aber das thut der Gültigkeit der Fideicommißerrichtung keinen Eintrag. Man darf die Sache aber nicht mit einigen älteren Juristen[91]) so ansehen, als ob das Veräußerungsverbot wegen des hinzugefügten Grundes (weil die Güter in der Familie erhalten werden sollten) auf die nicht untersagte Art von Veräußerungen ausgedehnt werde.

Ganz dasselbe, was hier über das Verhältniß der verschiedenen Veräuße-

---

[90]) L. c. I c. 5 n. 40.

[91]) Fusarius, de fideicommissaria subst. qu. 682 n. 12. Knipschildt l. c. VII n. 138 sq.

rungsverbote zu einander bemerkt, ist rücksichtlich der von Knipschildt[92]) weitläufig erörterten Frage zu sagen, ob das lediglich, für die, zu Erben eingesetzten, namentlich genannten Personen, also die Söhne z. B. oder die Enkel, hingestellte Veräußerungsverbot auch andere mit ihnen in Verbindung stehende, besonders von ihnen abstammende Personen, die folgenden Generationen binde. Wie das Gleiche von der gilt[93]), ob das für eine Sache gesetzte Veräußerungsverbot auch rücksichtlich der übrigen Stücke des Vermögens maßgebend sei.

Eine Disposition über die Art und Weise, wie die Güter der Familie in der späteren Zeit zukommen sollen, mit anderen Worten die Bestimmung einer Successionsordnung ist, wenn auch gewöhnlich, doch keineswegs unbedingt nothwendig, obgleich von den älteren Juristen J. H. Böhmer[94]), neuerdings Hillebrand[95]), sie verlangt. Das Wesen und der Zweck des Familienfideicommisses, als einer Stiftung zur Erhaltung des Ansehns der Familie, bedingt dies nicht durchaus. Wollte man es für nothwendig halten, so dürfte man nicht bei dem Verlangen nach Festsetzung irgend einer Successionsordnung stehen bleiben, sondern müßte geradezu die Individualsuccession, und zwar allein im Mannsstamm, als nothwendiges Requisit eines Familienfideicommisses hinstellen. Aber weder das Eine noch das Andere ist der Fall, vielmehr wird Anordnung der gewöhnlichen Civil-Intestaterbfolge allgemein für zulässig erachtet, und ebenso auch cognatische Succession nicht unbedingt ausgeschlossen. Vom Preußischen Landrecht wird jenes Requisit freilich aufgestellt; es verlangt eine Bestimmung des Stifters über die Successionsordnung, schreibt aber zugleich Anordnung einer Individualsuccession vor, und läßt die weiblichen Verwandten erst nach Ausgang des Mannsstamms zur Succession berufen[96]). Dagegen setzt das Sächsische Gesetzbuch die Statthaftigkeit des Mangels einer Successionsordnung ausdrücklich voraus[97]).

Bisher haben wir immer von dem Erforderniß einer Willenserklärung, eines Rechtsgeschäfts für die Errichtung eines Familienfideicommisses gesprochen, ohne dabei ein bestimmtes Geschäft hervorzuheben. Ein solches, welches dafür ausschließlich bestimmt wäre, giebt es aber auch nicht. Freilich manifestirt sich im Familienfideicommiß eine über die Grenzen des römischen Erbrechts

---

[92]) L. c. VII n. 111—133.

[93]) Fusarius l. c. qu. 681. Knipschildt l. c. VII n. 134—137.

[94]) De fund. pact. fam. c. 1 § 5.

[95]) Lehrbuch § 206. Früher stellte auch Gerber in seinen Jahrbüchern I S. 88 die Bestimmung einer Successionsordnung als Requisit einer Fideicommißerrichtung auf. Gegen ihn hat sich Beseler, System § 176 Note 5 ausgesprochen. Uebrigens hat Gerber selbst in seinem System § 84 Note 1 eine besondere Successionsordnung für das Fideicommiß für nicht charakteristisch erklärt.

[96]) §§ 142. 189. A. L. R. II, 4. [97]) B. G. B. § 2527.

hinaus erweiterte Testirfähigkeit, allein sie ist nicht nur erweitert hinsichtlich der Dauer der Anordnung, sondern auch in Betreff der Formen, in denen eine solche Anordnung getroffen werden konnte; die letztere Erweiterung verdankt ihre Entstehung, ganz wie die erstere, dem Gewohnheitsrecht, und zwar speciell der Theorie der Juristen und der Praxis. Wie daher jede ausdrückliche Willenserklärung, wenn dieselbe über die Absicht des Disponirenden, ein Fideicommiß zu begründen, keinen Zweifel läßt, dazu geeignet ist, so auch ein jedes Rechtsgeschäft[98]). Dieses Rechtsgeschäft kann ein einseitiges oder vertragsmäßiges, eine Verfügung von Todes wegen oder eine Disposition unter Lebenden sein. Darüber sind auch die Juristen einig[99]). Welche Art der Stifter wählen will, hängt lediglich von seinem Ermessen ab. Die älteren Juristen pflegen die Errichtung im Testament anzuempfehlen, weil diese sich einer benignior interpretatio erfreuten und darum eine größere Sicherheit für die Aufrechterhaltung des Willens des Stifters gewährten[100]), was aber für uns heutzutage, wo die aequitas bei allen Geschäften zur Geltung kommt,

---

[98]) Gerber in seinen Jahrbüchern I S. 91 nennt die Errichtung eines Familienfideicommisses einen in der Dispositionsfähigkeit des Stifters begründeten einfachen Willensact. Er führt zugleich weiter aus (S. 89), daß man daraus, daß der Stifter eine Erbeinsetzung vornehme, noch nicht den Schluß ziehen dürfe, hier liege stets ein Geschäft von Todes wegen vor. Denn die Voraussetzung der regelmäßigen Erbeinsetzung, nämlich eine Erbschaft, d. h. ein Vermögen, das durch den Tod des bisherigen Berechtigten, sein individuelles Subject verloren, sei nicht vorhanden, vielmehr sei dem Vermögen durch eine künstliche, vom Stifter selbst vollzogene willkürliche Vorbereitung der Charakter als Successions-Masse verliehen.

[99]) Molina l. c. I c. 12 n. 2. Knipschildt l. c. VI n. 1 sqq. Stryck, de succ. ab int. VII c. 1 § 22. Derselbe, usus mod. pand. ad l. II t. 14 § 21. Sande, decis. Frisicae IV t. 5 def. 8. Leyser, medit. ad pand. vol. V u. VI spec. 402 n. 2. Harpprecht, de fideic. convent. in diss. acad. vol. II disp. 52. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 3 N. 1. Runde, Grundsätze § 693. Pfeiffer, vermischte Aufsätze S. 3. S. 78. Mittermaier, Grundsätze I § 158 N. I. Maurenbrecher, Lehrbuch § 570. Wildner, Fideicommiß-Recht S. 90 ff. Pözl, Bayer. Staats-Verf.-Recht § 45 S. 87. Beseler, System § 176 Nr. I. Hillebrand, Lehrbuch § 70. Gerber, System § 84. Derselbe in seinen Jahrbüchern I S. 89 ff. Zimmerle, Stammgutssystem S. 291. — Eichhorn, Einleitung § 368 Nr. III, dem sich Walter, System § 470 Nr. IV anschließt, nennt Testament und Erbvertrag, und fügt diesem die Hausgesetze des hohen Adels zu. Salza, Familien-Fideicommisse S. 29 f. unterscheidet vertragsmäßige und testamentarische Fideicommisse, welche letztere jedoch alle diejenigen begreifen, die auf letztwilliger Verfügung beruhen; außerdem nennt er noch verkehrterweise gesetzmäßige, „welche auf allgemeinen promulgirten Vorschriften" beruhen sollen. — Irrig ist es, wenn in dem bereits oben (Note 84) angezogenen Erk. des O. A. G. zu Celle v. 15. Febr. 1854 gesagt wird: „Ein Familienfideicommiß kann nur durch eine letztwillige Disposition — errichtet werden."

[100]) Knipschildt l. c. VI n. 2—13.

das strictum ius die Ausnahme ist, nicht mehr maßgebend sein kann. Allerdings ist es nicht ganz bedeutungslos, welches Geschäft der Stifter gewählt hat. Einmal wird die juristische Construction der Anordnung selbst dadurch bedingt, und dann knüpfen sich daran verschiedene Wirkungen. Deshalb ist auf diese einzelnen Arten hier näher einzugehen.

Hat der Stifter das Familienfideicommiß im Testament errichtet, so kommt namentlich das Verhältniß der Fideicommißerrichtung zur Erbeinsetzung in Betracht[101]). Hierbei sind drei Fälle zu unterscheiden. Der Stifter hat sein ganzes Vermögen zum Fideicommiß bestimmt oder nur eine Quote desselben, für welche beiden Arten hier der von den älteren Juristen aus der römischen Lehre von den Fideicommissen herübergenommene Ausdruck Universalfideicommiß[102]) der Kürze halber beibehalten werden mag, oder eine resp. einzelne Sachen, was mit Particularfideicommiß nach dem Vorgang älterer Schriftsteller[103]) bezeichnet werden soll. Im ersten Fall erscheint der zuerst zum Fideicommiß Berufene als Erbe, nur daß ihm die Erbschaft nicht zur freien Disposition überlassen ist, er dieselbe vielmehr nach der Absicht des Stifters dem nach ihm berufenen Successor ungeschmälert hinterlassen muß. Er verbindet also die Rechte und Pflichten des Erben mit denen eines Fideicommißbesitzers. Das römische Recht würde denselben, da er zur Herausgabe des auf ihn gekommenen Vermögens bei seinem Tode verpflichtet ist, als Fiduciar ansehen, und das Fideicommiß erst in der Person seines Nachfolgers, des zweiten Besitzers seinen Anfang nehmen lassen; diesen als ersten Fideicommissar betrachten. Allein dem heutigen Recht der Familienfideicommisse ist diese Anschauung fremd, nach ihm tritt das Fideicommiß nach dem Ableben des Stifters, wenn dieser selbst nicht etwas Anderes bestimmt hat, sofort in's Leben, und gleich in der Person des ersten Besitzers trifft, was nach römischem Recht erst bei den späteren Successoren der Fall war[104]), die Qualität des Fiduciars mit der des Fideicommissars zusammen. Ganz ebenso verhält es sich, wenn der Stifter eine Quote seines Vermögens zum Familienfideicommiß bestimmt hat. Hier gilt namentlich der zuerst berufene Fidei-

---

[101]) Die Schriftsteller über das Familienfideicommiß gehen hierauf nicht näher ein, indem sie meist nur der Möglichkeit gedenken, durch Testament ein Fideicommiß zu errichten, wie Molina (l. c. I c. 12 n. 26. II c. 2 n. 10. n. 22) I, Kreittmayr (a. a O. III C. 10 § 3 N. 1), Salza (a. a. O. S. 29), oder sich lediglich über die Zweckmäßigkeit dieser Errichtungsart und die hierbei zu beobachtenden Formen verbreiten; so Knipschildt (l. c. VI n. 2—23).

[102]) Knipschildt l. c. II n. 24; auch Salza, Familienfideicommiß S. 24 f. hat diese Bezeichnung.

[103]) Knipschildt l. c. II n. 25; ebenso Salza a. a. O.

[104]) Vgl. Fabricius, de fideicommissorum familiae natura (Gotting. 1844; Inaug. Diss.) p. 14.

commißbesitzer nicht weniger als Erbe als in dem betrachteten Fall; und keineswegs darf man das Verhältniß so auffassen, als ob der, zu der nicht mit dem Fideicommiß belegten Quote eingesetzte, Erbe alleiniger Erbe, und ihm, als Fiduciar, die Herausgabe der zum Fideicommiß bestimmten an den ersten Fideicommißbesitzer auferlegt wäre. Dagegen erscheint, wenn nur eine oder einzelne Sachen Gegenstand des Fideicommisses sind, der erste Fideicommißbesitzer lediglich als Vermächtnißnehmer, neben welchem ein Erbe gefordert wird.

Dieses Verhältniß ist in zwiefacher Weise von Wichtigkeit. Einmal in Betreff der Erbschaftslasten. Diese trägt der Fideicommißbesitzer allein oder zu der dem Fideicommiß gewidmeten Quote der Erbschaft beim Universalfideicommiß. Dagegen berühren sie denselben gar nicht, wenn lediglich bestimmte Sachen das Fideicommiß bilden, es müßten denn jene Erbschaftslasten sich gerade als dingliche Lasten dieser Sachen selbst darstellen, wo sie natürlich mit in den Fideicommißverband übergehen, wenn nicht der Stifter seinen Erben die Befreiung der Sachen von den darauf liegenden Lasten aufgegeben hat. Beim Universalfideicommiß darf man aber die Sache nicht so auffassen, als ob der erste Fideicommißbesitzer jene Lasten allein zu tragen hätte und das Fideicommißvermögen rein den späteren Successoren hinterlassen müßte. Diese Lasten sind eben als auf dem Fideicommißvermögen ruhend anzusehen und gehen mit diesem, wenn der Stifter nicht eine besondere Anordnung über die Tilgung der Schulden getroffen, auf jeden Fideicommißbesitzer über. Weiter hierauf eingehen werden wir bei der Lehre von den Fideicommißschulden; hier soll nur bemerkt werden, daß die Ansicht von Salza[105]), die Eigenschaft eines Universalfideicommisses als Erbschaft mache sich nur bei der Succession des ersten Besitzers geltend; bei ferneren Transmissionen aber finde zwischen Universalfideicommiß und Particularfideicommiß weiter kein Unterschied Statt, offenbar falsch ist. Ihr einzig vernünftiger Sinn kann nämlich doch nur der sein, daß bei jenem der erste Fideicommißbesitzer als Universalsuccessor des Stifters gelte, den späteren jedoch diese Eigenschaft nicht zukomme. Daß dies nicht richtig, haben wir eben gesehen, da auch die späteren Successoren für die Schulden des Stifters aufzukommen haben. Salza verwechselt das Verhältniß des Fideicommißbesitzers zum Stifter mit dem des Successors zum Vorbesitzer. Diesem gegenüber erscheint der Nachfolger allerdings als Singularsuccessor, ihm gegenüber macht sich die successio ex pacto et providentia maiorum geltend, dem Stifter dagegen gegenüber ist dieser Begriff vollkommen bedeutungslos.

Das Verhältniß der Fideicommißerrichtung zur Erbeinsetzung ist aber auch dann von Wichtigkeit, wenn für den Fall des Abganges der zuerst genannten Familie eine andere Familie oder andere Personen berufen sind, und nun jene erstere nicht zur Succession gelangt, weil sie überhaupt gar nicht

[105]) Familien-Fideicommisse S. 25.

existirt hat, oder die Mitglieder derselben zur Zeit des Todes des Stifters nicht mehr am Leben waren. Der Stifter hat z. B. seinen Sohn und dessen Descendenz zuerst zum Fideicommiß berufen, und der Sohn stirbt ohne Hinterlassung von Kindern noch vor des Stifters Tode. Oder der Stifter begründet ein Familienfideicommiß zu Gunsten seines aus einer bereits bestehenden oder voraussichtlich noch zu schließenden Ehe zu erwartenden Sohnes, und der Stifter schließt gar keine Ehe, oder es wird in der Ehe kein Sohn geboren. Hat der Stifter die ganze Erbschaft zum Fideicommiß bestimmt, so gilt nach der hier vertretenen Ansicht die für den Fall des Abganges der zuerst berechtigten Familie berufene Person als Substitut für die Erbschaft, und das Fideicommiß nimmt somit in ihr seinen Anfang. Denn daß wir die für den Abgang der zuerst genannten berufene Familie auch für den Fall für berufen halten können, daß jene überhaupt gar nicht zur Succession gelangt, unterliegt keinem Bedenken, wie in der römischrechtlichen Lehre von der Substitution dasselbe gilt, indem der Pupillarsubstitut, welcher lediglich für den Fall des intra pubertatem decedere des Pupills berufen ist, auch für den als substituirt erachtet wird, daß der Pupill gar nicht zur Succession gelangt. Die Absicht des Stifters ist eben einfach die: wenn kein Mitglied der zuerst berufenen Familie vorhanden ist, (und dabei kann es keinen Unterschied machen, ob dieser Fall vor Eröffnung der Succession eintritt, oder nachdem diese bereits eröffnet ist) soll die an zweiter Stelle genannte Familie das Fideicommiß erhalten. Würden wir dagegen den zuerst Berufenen als Erben ansehen, aber nicht zugleich als Fideicommissar, sondern lediglich als Fiduciar, so würde das Testament destitut sein, demnach das Fideicommiß nicht an die an zweiter Stelle berufene Familie fallen, vielmehr wie jedes einfache Vermächtniß erlöschen. Ist nur eine Quote der Erbschaft zum Fideicommiß bestimmt, so haben wir ganz dasselbe Resultat, wie in dem zuerst behandelten Fall. Die an zweiter Stelle berufene Familie ist als der ersten auf die zum Fideicommiß bestimmte Quote der Erbschaft substituirt anzusehen. Ebenso wenn einzelne Sachen in Gestalt eines Vermächtnisses zum Fideicommiß bestimmt sind, indem das Vermächtniß auf diese als transferirt gilt[106]). In diesen beiden Fällen würde sich die Sache freilich auch nicht anders gestalten, wenn wir den zuerst zur Succession Berufenen als Fiduciar, nicht aber zugleich als Fideicommissar betrachten, denn im ersteren Falle würde die zum Fideicommiß bestimmte Quote dem Erben der anderen Quote accresciren, dieser aber zur Restitution des Fideicommisses verpflichtet sein, da die Erbportion mit den darauf liegenden Lasten accrescirt[107]); und auch im letzteren wäre der Erbe, wenn der Legatar, dem die Restitution

---

[106]) L. 3 pr. §§ 1 u. 2 De adim. legat. (34, 4).

[107]) L. 49 § 4. L. 61 § 1. De legat. II (31). L. 38 De A. v. O. H. (29, 2). L. un. § 10 C. De caduc. toll. (6, 51).

des Fideicommisses auferlegt wird, vor Erlangung der Sache stirbt, verpflichtet, seinerseits dieselbe dem Fideicommissar zu überantworten [108]).

Natürlich sind die im Testament hinterlassenen Fideicommisse nicht nur wegen Nichtbeachtung des Pflichttheils, wie wir schon sahen, und wegen Formfehlers, dem Untergang ausgesetzt, sondern auch, wenn das Fideicommiß in einzelnen Sachen besteht, also als Vermächtniß erscheint, durch Wegfallen des Testaments-Erben, dem allerdings durch die beigefügte Codicillar-Clausel vorgebeugt werden kann.

Ein Familienfideicommiß kann auch in codicilli ab intestato errichtet werden [109]), und dies ist stets anzunehmen, wenn der Stifter in einer Urkunde ein Familienfideicommiß über einzelne Sachen angeordnet hat, das erst nach seinem Tode in Wirksamkeit treten soll, vorausgesetzt, daß in jener die Requisite der Codicille gewahrt sind. Alsdann sind sämmtliche Intestaterben verpflichtet, die zum Fideicommiß bestimmten Gegenstände dem zunächst zum Fideicommiß Berufenen herauszugeben.

Wird das Familienfideicommiß durch Vertrag begründet [110]), so kann die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet sein, daß dasselbe sofort, oder aber erst nach dem Tode des einen oder aller Contrahenten in's Leben trete. Im ersten Fall haben wir einen Vertrag unter Lebenden, im zweiten einen Erbvertrag. Daß ein solcher Vertrag vollkommen gültig, unterliegt keinem Bedenken, mag derselbe auf einzelne Vermögensobjecte [111]), oder auf das ganze gegenwärtige Vermögen, oder auch noch auf das zukünftige, also die Erbschaft resp. eine Quote derselben gerichtet sein, in welchem letzteren Falle allerdings nur ein Erbvertrag möglich ist. In diesem letzteren Falle tragen freilich die älteren

---

[108]) L. 29 pr. De legat. II (31): Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veris consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset petissetque ab eo, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo testatore decessisset, et quod ei relictum erat, apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinae reddere.

[109]) Knipschildt l. c. VI n. 25.

[110]) Knipschildt behandelt diese Errichtungsart im c. VI n. 29—56.

[111]) Daß nach der richtigen Ansicht über einzelne Sachen keine Erbverträge geschlossen werden können (Beseler, Erbverträge II, 1 S. 22—24. S. 213—228. II, 2 S. 108—122. Derselbe, System § 158 N. III. Gerber, System § 257 Note 5. Die Schriftsteller, welche die entgegengesetzte Meinung vertheidigen, s. bei Hillebrand, Lehrbuch § 211 Note 3), steht der Möglichkeit, durch einen solchen ein sich nur auf einzelne Sachen beziehendes Familienfideicommiß zu begründen, nicht entgegen, weil durch jene Ansicht nicht zugleich die Möglichkeit der Begründung einer Singularsuccession, wo sich eine solche überhaupt erhalten hat, in Abrede gestellt wird (Beseler, Erbverträge II, 1 S. 214 f. Derselbe, System § 158 N. II und III).

Juristen Bedenken, das Geschäft anzuerkennen, und noch Knipschildt[112]) trägt die Zweifelsgründe vor und weigert sich, dasselbe allgemein gelten zu lassen. Nur wenn derartige Verträge von principes, comites, barones et nobiles, und zwar pro conservatione familiae eingegangen werden, ist ihnen die Gültigkeit außer Zweifel, und stützen sie sich dabei auf ein allgemeines Gewohnheitsrecht[113]). Allein bei den späteren Juristen verschwindet mit der vollständigen Anerkennung der Erbverträge jedes Bedenken[114]), und somit ist die gemeinrechtliche Gültigkeit solcher Verträge heutzutage außer Zweifel[115]) und zwar so, daß dieselben nicht nur den Contrahenten selbst, sondern auch der ganzen berechtigten Familie gegenüber und für deren Dauer Wirksamkeit haben. Denn der von den Contrahenten beabsichtigte Erfolg ist hier derselbe, wie bei der Begründung eines Familienfideicommisses durch Testament. Es soll ein Vermögen oder gewisse Vermögensobjecte einer bestimmten Familie zur Bewahrung des Ansehens derselben unveräußerlich erhalten und in derselben vererbt werden. Da die Befugniß, letztwillig zu verfügen, jetzt diese Ausdehnung bekommen hat, und da die Befugniß letztwillig zu verfügen, heutzutage nicht mehr allein durch Testament, sondern auch durch Vertrag aus-

[112]) L. c. VI n. 35—43. Knipschildt (l. c. V n. 7), wie vor ihm Molina (l. c. II c. 10 n. 9—12) lassen in einem Vertrage nur über das gegenwärtige Vermögen verfügen, nicht aber auch über das zukünftige, nicht über die künftige hereditas. Molina läßt indeß auch über das zukünftige Vermögen vertragsmäßige Errichtung einer Primogenitur zu, wenn dieselbe simpliciter geschieht, so daß nicht der Widerruf dem Stifter entzogen ist — denn solche habe die Natur einer letztwilligen Verfügung —, und auch eine unwiderrufliche Stiftung weiß er aufrecht zu erhalten durch das früher so beliebte Mittel königlicher Erlaubniß (n. 13—17). Ebenso hält er eine solche auch dann für gültig, wenn dieselbe deducto usufructu geschieht (n. 19—21).

[113]) Zasius, consilia (opera t. VI) II cons. 1 n. 33 sqq. Hotomannus, consilia (1586) cons. 72 n. 34 sq. Gayll, practicae observationes II obs. 127. Peregrinus, de fideicommissis art. 51 n. 34. Knipschildt l. c. VI n. 44—56. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 1.

[114]) Leyser, medit. ad pand. vol. V u. VI spec. 402 n. 1 u. 2. Stryck, de successione ab int. VIII c. 1 § 10. Harpprecht, de fideicommisso convent. § 31 n. 14 sqq. Hebenstreit, vindiciae veri valoris pactorum successoriorum tam iure romano quam germanico adversus errores interpretum (Erford. 1768) c. 2. — Böhmer (de fund. pact. fam. c. 1 § 5) redet allerdings auch nur von derartigen pacta unter illustres und nobiles, erklärt aber doch andere nicht für ungültig. Das oben (S. 102) citirte Reichshofraths-Gutachten von 1740 (bei Moser, Familien-Staats-Recht C. 19 § 46 Th. II S. 1219) stellt es als außer allem Zweifel stehend hin, daß Familienfideicommisse „heut zu Tag auch per Conventionem seu Pactum constituiret" werden könnten, und will sogar wissen, daß auch dem römischen Recht „dergleichen Fideicommissa pactitia" nicht unbekannt gewesen, „wovon ein Exempel in L. 3 C. De don. quae sub modo zu befinden."

[115]) Beseler, Erbverträge II, 2 S. 87 f.

geübt werden kann, so ist auch die Errichtung eines Familienfideicommisses, wie durch jeden Vertrag, so auch durch Erbvertrag gültig. Man kann hiergegen auch nicht den Einwand erheben, daß der Vertrag deshalb nicht die volle beabsichtigte Wirkung haben könnte, weil sonst dadurch Dritte, welche an demselben nicht Theil genommen, Rechte erhalten würden, was selbst in dem Fall gilt, wenn der Vertrag zu Gunsten des einen Contrahenten und seiner Familie geschlossen ist; denn auch hier sind die späteren Mitglieder der berechtigten Familie, die Descendenten des Vertragserben in der gedachten Lage. Jener Einwand wird nun zwar nicht dadurch beseitigt, daß man sagt, die Familie werde durch den Vertrag berechtigt, sie aber stehe nicht außerhalb des letzteren, da sie durch den Vertragserben repräsentirt werde. Solche Annahme würde nämlich voraussetzen, daß der Vertrag zu Gunsten eines der Contrahenten geschlossen wäre, und daß wir die Familie als Person, somit als Corporation betrachten dürften, was außerhalb des hohen Adels nicht statthaft ist, denn als Erben des Contrahenten, welcher selbst durch den Vertrag zuerst das Fideicommiß erhalten, kommen die später zum Besitz desselben Berufenen nicht in Betracht, da diese Qualität ganz irrelevant für ihr Successionsrecht ist. Wohl aber wird derselbe dadurch beseitigt, daß das heutige gemeine Recht das Princip des römischen Rechts: tertio obligatio non contrahitur nicht anerkennt, vielmehr auch Verträge zu Gunsten dritter Personen gelten läßt[116]). Daß die späteren Mitglieder der berechtigten Familie nicht noch bei Lebzeiten der Contrahenten den ihnen aus dem Vertrage erwachsenen Vortheil durch eine hierauf bezügliche Erklärung sich aneignen können, steht der Rechtskraft des Vertrags und des darauf beruhenden Familienfideicommisses nicht im Wege. Denn der Vertrag wird auch ohne den Beitritt des Dritten unwiderruflich, sobald ein Rücktritt der ursprünglichen Contrahenten nicht mehr möglich ist[117]). Dies ist nach dem Tode des durch den Vertrag zum Genuß des Familenfideicommisses gelangenden Contrahenten der Fall, was hier allein in Betracht kommt, indem alsdann das Fideicommiß von jenem auf die späteren Fideicommißbesitzer gelangt. Es ist aber auch der Fall nach dem Tode des anderen Contrahenten, welcher das zum Fideicommiß bestimmte Vermögen ganz oder zum Theil hergegeben hat. Denn steht dem Vertragserben auch das Recht zu, auf die ihm persönlich aus dem Vertrage erwachsenen Vortheile zu verzichten, so kann er doch, wenn der Wille des anderen Contrahenten an den in Betreff des Familienfideicommisses getroffenen Anordnungen festgehalten, diese selbst nicht aufheben, indem er sich sonst Verfügungen über eine fremde Erbschaft anmaßen würde, welche demnach kraftlos wären[118]).

116) Vgl. Beseler, Erbverträge II, 1 S. 231 ff. Derselbe, System § 120 N. III.

117) Beseler, Erbverträge II, 1 S. 78 f. Derselbe, System § 120 N. III c.

118) Beseler, Erbverträge II, 1 S. 80 f. Dasselbe Resultat giebt bereits

Der Vertrag kann zwischen zwei oder mehreren Personen abgeschlossen werden, und zwar lediglich zu Gunsten einer von ihnen und deren Descendenz oder aber mehrerer oder aller. Diese beiden letzteren Fälle werden aber wohl kaum anders, als unter Geschwistern vorkommen, welche aus den Gütern einer ihnen zugefallenen noch ungetheilten Erbschaft, sei es aus eigener Bewegung, sei es auf anderweitige Veranlassung, namentlich Rath, Wunsch oder auch ausdrückliche Anordnung des Erblassers (der selbst die Stiftung des Fideicommisses nicht vorgenommen), ein oder mehrere Familienfideicommisse errichten. Es kann dies entweder in der Weise geschehen, daß ein Fideicommiß gestiftet wird zunächst für einen von ihnen und dessen Descendenten, den anderen Brüdern aber ein eventuelles Successionsrecht für den Fall des kinderlosen Sterbens des ersteren oder des Aussterbens seiner Familie vorbehalten wird, oder aber daß für jeden von ihnen ein Gut zu einem Fideicommiß bestimmt wird, mit oder ohne Vorbehalt eventueller gegenseitiger Successionsrechte für sie und ihre Descendenten. Das Fideicommiß kann aber auch durch Vertrag errichtet werden von vorn herein zu Gunsten dritter Personen, so daß keinem der Contrahenten dadurch ein Recht auf das Familienfideicommiß erwächst [119]), sei es, daß keiner von ihnen überhaupt irgend ein Recht aus dem Vertrage erhält, sei es, daß einer dadurch allerdings zum Erben wird, aber einzelne Sachen, welche den Gegenstand des Fideicommisses bilden sollen, an den zuerst berufenen Fideicommißbesitzer als Vermächtniß herausgeben muß. Auch dieser Fall kann unter Geschwistern und sonstigen Verwandten, aber auch unter nicht verwandten Personen eintreten und zwar zu Gunsten eines Descendenten eines von ihnen, aber auch eines Fremden. Der Grund kann reines Wohlwollen sein, es kann aber auch eine andere Absicht obwalten, z. B. die, einen Eigenthumsstreit beizulegen. Nehmen wir an, zwei verwandte Personen haben

---

Cramer (de fideicommissi familiae conventionalis in specie realis morte unius compaciscentium confirmati abolitione invalide a reliquis facta — opuscula t. IV n. 2 — §§ 5—7), aber die von ihm dafür angeführten Gründe sind zum Theil nicht recht zutreffend, zum Theil geradezu falsch. So stützt er sich auf die Analogie der Gesetze; wie diese nur von denen, welche sie erlassen, aufgehoben, declarirt, authentisch interpretirt werden könnten, so auch derartige Verträge; der gestorbene Contrahent könne aber an der Aenderung nicht mehr Theil nehmen (§ 5). Es würde allerdings Alles auf dieselbe Art aufgehoben, auf welche es begründet sei, aber hier fehlte ja eben der eine Contrahent, welcher den Vertrag geschlossen. Es gelte zwar der Satz: voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem, aber das treffe nur zu „in testamentis et ultimis voluntatibus, nequaquam vero in pactis aliisque actibus in vivos.“ Durch die Aufhebung eines Vertrags würden iura quaesita, nämlich der Mitglieder der berufenen Familie verletzt (§§ 6 u. 7). Dies Letztere hängt damit zusammen, daß Cramer durch einen solchen Vertrag für sämmtliche Mitglieder der berufenen Familie ein ius quaesitum an der mit Fideicommiß belegten Sache entstehen läßt (vgl. § 3).

[119]) Beseler, Erbverträge II, 2 S. 88.

einen langwierigen Proceß über das Eigenthum eines Gutes geführt; sie beenden denselben durch folgenden Vergleich: A bleibt auf seine Lebenszeit im ungestörten Besitz des Guts, nach seinem Tode geht dasselbe auf einen bestimmten Descendenten des B über, für dessen Familie es zu einem Fideicommiß bestimmt wird. Zuweilen wird eine Heirath zwischen Descendenten der Contrahenten oder sonst ihnen nahestehende Personen die Veranlassung sein. Beide Contrahenten z. B. oder einer von ihnen giebt zur Ausstattung des Ehepaars bestimmte Güter her, welche nach gemeinsamer Uebereinkunft für dieses und die zu erwartenden Descendenten desselben zu einem Familienfideicommiß bestimmt werden. Am häufigsten wird solcher Vertrag vorkommen zwischen Ehegatten, indem dieselben in einem wechselseitigen Erbvertrag anordnen, daß nach ihrer beider Tode das gemeinschaftliche Vermögen, oder auch nur eine Quote oder einzelne Stücke desselben zu einem Familienfideicommiß zu Gunsten ihrer Descendenten, aller, einiger, oder eines, werden[120]).

Wir betrachten die Errichtung eines Familienfideicommisses durch Testament, wie Codicill, und durch Vertrag. Aber es ist eine solche auch möglich vermittelst einer einseitigen Verfügung unter Lebenden. Wie nämlich das Geschäft, wodurch ein Familienfideicommiß errichtet ist, welches erst nach dem Tode des oder der Stifter wirksam werden soll, je nachdem die Stiftung von Einem ausging oder durch Uebereinkunft Mehrerer begründet wurde, ein Testament oder ein Erbvertrag ist, so muß auch, wenn die Absicht darauf ging, das Fideicommiß sofort in's Leben zu rufen, unter derselben Voraussetzung neben die vertragsmäßige Errichtung die durch ein einseitiges Geschäft treten. Vermöge der dem Stifter zustehenden Befugniß, das Fideicommiß sub condicione oder ex die zu errichten, kann derselbe aber diese Form auch dann gebrauchen, wenn jenes erst nach seinem Tode in Kraft treten soll. Denn wie bereits Gerber[121]) bemerkt, geht schon daraus, daß die Errichtung eines Familienfideicommisses ein in der Dispositionsfähigkeit des Stifters begründeter einfacher Willensact ist, hervor, daß dies nicht nothwendig ein Vertrag sein muß. Wollte man jede Begründung eines Familienfideicommisses durch einen Act unter Lebenden für einen Vertrag halten, so müßte man zur Gültigkeit einer derartigen Stiftung stets die Acceptation des Berechtigten für erforderlich halten. Dies ist aber nicht der Fall, ja es läßt sich eine solche gar nicht denken. Denn die Annahme des Fideicommisses von Seiten der einzelnen Berechtigten kann als eine Acceptation der alsdann in der Stiftung liegenden Proposition nicht gelten, indem die Succession des Einzelnen eine vollgültige Fideicommißstiftung bereits voraussetzt. Dies gilt eben so wohl von dem Erwerb des Fideicommisses durch den zuerst Berufenen

[120]) Diesen letzteren Fall behandeln bereits die älteren Juristen: Tiraquellus, de iure primigeniorum (opera — ed. III .. Francof. 1616 — t. I) qu. 6 n. 11 sqq. Knipschildt l. c. VI n. 33.

[121]) In seinen Jahrbüchern I S. 91.

als die späteren Successoren, und deshalb läßt sich auch der des ersteren nicht als wahre Acceptation betrachten, wodurch er das Recht aus der Stiftung für sich und die berechtigte Familie erwerbe[122]). Gegen diese letztere Annahme spricht, abgesehen von dem bereits angegebenen Grunde auch noch der Umstand, daß die Absicht jedes Interessenten und somit auch des zuerst Berufenen auf den Erwerb des Fideicommisses lediglich für seine Person, nicht auch zugleich für seine Descendenten gerichtet ist. Es ist also eine derartige Fideicommißerrichtung ein einseitiges Rechtsgeschäft, ganz wie wir ein solches in der Gründung einer Stiftung im engeren Sinne haben.

Bei den älteren Juristen wird ein derartiger einseitiger Act als Entstehungsgrund eines Familienfideicommisses nicht genannt, dagegen betrachten sie als solchen die Schenkung[123]). Indeß es kann diese wieder als eine besondere Weise der Begründung neben Testament und Vertrag gelten, noch auch darf die Stiftung des Fideicommisses selbst, sobald sie durch ein Geschäft unter Lebenden erfolgt, geradezu als Schenkung angesehen werden. Wohl kann dieselbe aus reiner Liberalität und Wohlwollen gegen die Berufenen, donandi animo geschehen, aber da sich mit dem Begriff einer Schenkung die Bestimmung über das Schicksal eines Vermögensobjects auf Generationen nicht vereinigen läßt[124]), so muß die Fideicommißstiftung eben als ein für sich bestehender selbständiger Begriff hingestellt werden. Die ganze Frage ist überhaupt nur wegen der Folgen, welche sich mit der Auffassung der Stiftung als Schenkung ergeben würden, von Wichtigkeit; nämlich des Erfordernisses gerichtlicher Insinuation und der Zulässigkeit des Widerrufs wegen Undanks. Die erstere ist nicht nothwendig, weil es hierzu an der Voraussetzung, der Möglichkeit, die Summe, welche Gegenstand der Schenkung sein würde, festzustellen, fehlt. Könnten wir nämlich die Fideicommißerrichtung als Schenkung auffassen, so dürfte dies doch immer nur eine Schenkung zu Gunsten einer bestimmten Person sein, also des zuerst Berufenen; bei den späteren Successionen müßte die Schenkung gewissermaßen als wiederholt gedacht werden, denn von Schenkung an die berufene Familie kann man nicht reden, da diese eben in ihrer Gesammtheit keine Person ist. Der Werth des Fideicommißobjects kann nun hierbei nicht in Betracht kommen. Wenn nämlich überhaupt eine Schenkung, so liegt eine donatio sub modo vor, bei welcher nur das, was nach Erfüllung des modus noch übrig bleibt, als Betrag der Schenkung betrachtet wird; der modus aber besteht hier in der Restitution oder besser

---

122) Das ist freilich die Meinung von Molina (l. c. IV c. 2 n. 75).

123) Molina l. c. II c. 8 n. 14—22. Knipschildt l. c. VI n. 57—73.

124) Wir haben oben (S. 4 ff.) gesehen, daß man sich vor der Ausbildung des Instituts der Familienfideicommisse der donatio sub modo bediente, um dauernde Anordnungen zu Gunsten der Freigelassenen zu treffen. Allein es ist diese Form nicht weiter gebildet und überhaupt in der Folgezeit für Verfügungen, die auf mehrere Generationen berechnet waren, nicht mehr zur Anwendung gebracht worden.

Hinterlassung des Fideicommisses an den Successor. Somit kann nur der Fruchtgenuß den Maßstab abgeben, und zwar nach Analogie der Schenkungen von Renten der jährliche Fruchtgenuß[125]), da die Fideicommiß-Successoren als solche nicht Erben des Vorbesitzers sind. Jener aber läßt sich nun wohl beim Geldfideicommiß, nicht aber bei Grundstücken, welche gewöhnlich den Gegenstand eines Familienfideicommisses bilden, mit Bestimmtheit feststellen, und auch bei jenen unterliegt er, wenn die Capitalien nicht unkündbar von Seiten des Schuldners sind, den Schwankungen des üblichen Zinsfußes. Diese Unsicherheit wird bei Fideicommissen, die in Grundstücken bestehen, noch dadurch erhöht, daß der Fideicommißbesitzer aus den Einkünften des Guts die Kosten für alle Reparaturen trägt. Auch die älteren Juristen, wie Molina[126]), welcher gleichfalls das Erforderniß der Insinuation überhaupt nur dann in Frage zieht, wenn der Jahresertrag bereits die Summe von 500 solidi übersteigt[127]), und Knipschildt[128]) halten die Insinuation nicht für nothwendig, weil den dem Besitzer aus dem Fideicommiß zustehenden Rechten auch Pflichten, wie Alimentation dürftiger Geschwister, Dotation von Schwestern, gegenüberstünden, unter denen das zuweilen sich findende Gebot des Stifters, seinen Namen und Wappen zu führen, inästimabel sei[129]). Der Widerruf der gültigen und in's Leben getretenen Fideicommißstiftung wegen Undanks des zuerst berufenen Besitzers ist eben so wenig statthaft, da der erste Besitzer nicht der alleinige Berechtigte ist, wegen seines Undanks daher das Fideicommiß nicht den übrigen, der ganzen Reihe von Successoren entzogen werden darf.

Particularrechtlich finden sich in Betreff der Errichtungsformen meist dieselben Grundsätze anerkannt, theils aber auch abweichende Bestimmungen. Das Bayerische Landrecht läßt ganz allgemein „per Actum inter Vivos oder Mortis causa" ein Familienfideicommiß angeordnet werden[130]), und schließt damit keins der angegebenen Geschäfte aus. Darin ist auch durch das Edict vom 26. Mai 1818 keine Aenderung getroffen, denn die „ausdrückliche Erklärung", welche es zur Begründung eines Familienfideicommisses für nothwendig hält[131]), kann, wie es dieses selbst voraussetzt, eben so wohl „eine Handlung unter Lebenden", als eine „letztwillige Verfügung" sein[132]), und erstere wieder, da von einer Beschränkung keine Rede ist, sowohl Vertrag als einseitige Disposition, letztere

---

125) L. 34 § 4 C. De donat. (8, 54). 126) L. c. II c. 8 n. 14—22.

127) L. c. II c. 8 n. 20. 128) L. c. VI n. 64—73.

129) Molina l. c. II. c. 8 n. 17 sq.

130) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 3: „Fideicommissa Familiae werden entweder 1mo. per Actum inter Vivos oder Mortis causa verordnet, und hiernach regulirt man sich auch mit denen zu ein- oder anderer Handlung nach besonderer Beschaffenheit derselben erforderlichen Formalitäten."

131) Edict § 17 (s. o. S. 96).

132) Edict § 18 (s. o. S. 36 Note 4.)

Testament und Erbvertrag. Hiergegen kann natürlich der Umstand gar nicht in Betracht kommen, daß das Edict stets von einem Constituenten spricht. Das Preußische Landrecht erklärt dieselben Geschäfte für zulässig, durch welche eine Familienstiftung in's Leben gerufen werden kann [133]), und das sind Verträge, einseitige Verfügungen unter Lebenden und letztwillige Verordnungen [134]). Aus diesen letzteren hebt es noch besonders den Erbvertrag als Begründungsart eines Familienfideicommisses hervor [135]), denn wenn auch das Landrecht allgemein nur von fideicommissarischen Substitutionen spricht, so gehören unter diese doch nach demselben auch die Familienfideicommisse [136]). In dem besonderen Fall endlich, daß die Fideicommißstiftung sich auch auf Sachen der Successoren erstreckt, hält das Landrecht einen Familienschluß für erforderlich [137]). Das Badische Landrecht läßt ein Familienfideicommiß nur durch einen Familienschluß begründet werden [138]). Das Oesterreichische Gesetzbuch verlangt schlechtweg eine „Anordnung" für die Errichtung eines Familienfideicommisses [139]). Hierunter ist natürlich eben so wohl eine Verfügung von Todes wegen, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, und zwar einseitiges, wie Vertrag, zu verstehen [140]). Dieses wird bestätigt durch die Erwähnung einer vertragsmäßigen Errichtung im Gesetzbuch selbst [141]). Natürlich kann durch einen Erbvertrag ein Familien-

---

[133]) § 62 A. L. R. II, 4: „Von Errichtung und Verlautbarung der Fideicommiß-Urkunden gilt eben das, was in Ansehung der Familienstiftungen verordnet ist."

[134]) § 28 A. L. R. II, 4: „Dergleichen Familienstiftungen können durch Verträge, durch einseitige Verfügungen unter Lebendigen und durch letzte Willensverordnungen errichtet werden." Die Zulässigkeit der Errichtung eines Familienfideicommisses durch ein Geschäft unter Lebenden ist bereits anerkannt in der Hypotheken-Ordnung vom 20. December 1783 § 118 Tit. II.

[135]) § 632 A. L. R. I, 12: „Ist aber in dem Vertrage die Erbfolgeordnung nicht bloß zwischen den Contrahenten, sondern auch in Ansehung ihrer Erben oder Nachkommen bestimmt: so ist eine solche Verordnung in so fern sie das eigene Vermögen der Contrahenten betrifft, nach den Regeln der fideicommissarischen Substitutionen zu beurtheilen."

[136]) Vgl. §§ 53—55 A. L. R. I, 12 § 47 A. L. R. II, 4.

[137]) § 633 A. L. R. I, 12 (s. o. S. 67)

[138]) Badisches Landrecht Art. 577 cc.: „Nur jenes liegenschaftliche Vermögen hat diese Eigenschaft (scil. des Stammguts), welches durch grundgesetzmäßige Familienverträge jetzt schon als solches besteht, oder künftig mit besonderer Staatsbewilligung dafür neuerlich erklärt und gewidmet wird."

[139]) A. B. G. B. § 618 (s. o. S. 103).

[140]) Ebenso Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 90 ff.

[141]) A. B. G. B. § 628: „Der Fideicommiß-Stifter hat das Recht, die Errichtung des Fideicommisses zu widerrufen, so lange noch niemand durch die Uebergabe oder durch Vertrag ein Recht erworben hat."

fideicommiß nur in demselben Maße errichtet werden, als das Gesetzbuch einen solchen überhaupt anerkennt, d. h. wenn derselbe unter Ehegatten geschlossen ist[142]). In gleicher Weise finden sich in neuerer Zeit alle angegebenen Errichtungsarten, und zwar ausdrücklich, zugelassen im Braunschweigischen Gesetz, die Errichtung von Familienstammgütern betreffend vom 28. März 1837[143]), und dies ist auch wiederholt worden durch das Gesetz vom 20. Mai 1858[144]). Dasselbe ist nach dem großherzoglich Hessischen Gesetz, die Familienfideicommisse betreffend, vom 13. September 1858 anzunehmen, da dieses zur Fideicommißerrichtung lediglich eine in einer gerichtlichen oder gerichtlich beglaubigten Urkunde oder in einem schriftlichen Testament ausgesprochene Willenserklärung fordert[145]). Dagegen läßt das Sachsen-Weimarische Gesetz über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form vom 22. April 1833 nur Verträge und letztwillige Verordnungen gelten[146]), und das Hannöversche Gesetz über die Errichtung von Familienfideicommissen vom 13. April 1836 giebt als einzige Errichtungsart eines Fideicommisses eine einseitige Disposition an[147]). Das Sächsische Gesetzbuch endlich, welches die über die Anordnung der Vermächtnisse gegebenen Bestimmungen auch auf die Anwartschaft und somit auf das Familienfideicommiß, die Familienanwartschaft des Gesetzbuchs angewendet wissen will[148]), läßt danach eine solche nur durch eine letztwillige Verfügung irgend einer Art entstehen[149]).

Das Bayerische Edict über die Familienfideicommisse thut der durch königliche Dotation gegründeten oder vermehrten Fideicommisse Erwähnung[150]).

---

[142]) A. B. G. B. § 602. § 1249.

[143]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 24: „— jedes Allodialrittergut oder sonstiges Landgut kann — unter hinzukommender landesherrlicher Genehmigung, durch eine einfache, jedoch bis zum Tode widerrufliche Erklärung des Eigenthümers bei den competenten Stadtgerichten und Aemtern, durch Vertrag oder durch eine rechtsbeständige letztwillige Verfügung zum Familien-Stammgut erklärt werden, in sofern der Stifter nur seinen Notherben die Pflichttheile nicht verkürzt."

[144]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 1 (s. u. Note 228).

[145]) Großherzoglich Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 6: „Zur Errichtung eines Fideicommisses wird erfordert: 1) Die in einer gerichtlichen oder gerichtlich beglaubigten Urkunde oder in einem schriftlichen Testamente ausgesprochene Willenserklärung des Stifters" —.

[146]) Sachsen-Weimar. Ges. vom 22. Apr. 1833 § 1 (s. u. Note 211).

[147]) Hannöv. Ges. vom 13. April 1836 § 36 (s. u. Note 225).

[148]) B. G. B. § 2529: „Die Vorschriften über die Erbanwartschaft und die Vermächtnißanwartschaft finden, soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist, auf die Familienanwartschaft Anwendung." § 2507: „Die Vorschriften über Anordnung — der Vermächtnisse — finden, soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist, auf die Anwartschaft Anwendung."

[149]) Vgl. Freiesleben, die Familienanwartschaft S. 48 ff.

[150]) Edict § 31 (s. u. Note 203).

Diese unterscheiden sich natürlich hinsichtlich des Geschäfts der Errichtung durchaus nicht von den durch Privatpersonen gestifteten, wie sie denn das Edict von solchen auch nicht in dieser Beziehung aussondert. Die Stiftung geschieht hier eben durch einen einseitigen Act unter Lebenden.

Was die zu beobachtenden Formrequisite betrifft, so sind diese nach den verschiedenen Geschäften verschieden [151]), und gerade aus der angewandten Form ist, da der Stifter sich regelmäßig nicht darüber aussprechen wird, durch welches Geschäft er habe das Fideicommiß errichten wollen, umgekehrt ein Schluß auf die gewählte Art zu ziehen, wenn dies wegen der damit verknüpften Folgen in Frage steht [152]). Demnach ist eine Fideicommißstiftung gültig, wenn nur die Formen irgend eines der zulässigen Geschäfte beobachtet sind, und man kann auch der Ansicht Molina's nicht beitreten, daß wenn der Stifter das von ihm gewählte Geschäft als Testament oder sonstige letztwillige Verfügung bezeichnet, aber nicht die hierfür erforderlichen Formen angewandt hat, das Fideicommiß auch nicht als Contract gelten könne [153]). Denn sind die Contracts-Formen beobachtet, so ist es eben augenscheinlich, daß der Stifter sich in der Bezeichnung der Errichtungsform geirrt hat, wodurch diese selbst an ihrer Gültigkeit nichts einbüßt. Die von Molina für seine Meinung angezogene L. 1 De iur. codicill. (29, 7) paßt nicht. Hier heißt es zwar: Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur. Allein der Grund, weshalb ein nicht mit der Codicillarclausel versehenes Testament auch nicht einmal als Codicill gelten kann, liegt darin, daß mit der Deficienz des Testaments auch der Testamentserbe wegfällt, der Intestaterbe aber keineswegs zur Ausrichtung von Legaten verpflichtet ist, wenn ihm solche nicht speciell in einem Intestatcodicill (welche Bedeutung ja auch das mit einer Codicillarclausel versehene ungültige Testament erhält) auferlegt sind. Keineswegs aber liegt der Grund darin, daß jenes Testament sich selbst als solches bezeichnet; dies braucht ja gar nicht der Fall zu sein, da auf die Absicht ein Testament zu errichten, nicht aus dem gebrauchten Namen, sondern aus dem Inhalt selbst geschlossen wird [154]), und wenn jenes wirklich geschehen, so schließt dies keineswegs die Möglichkeit aus, das Testament, wenn die Codicillarclausel zugefügt ist, als Codicill gelten lassen [155]).

Sehen wir aber von der durch das zur Anwendung gekommene Geschäft bedingten Form ab, so fragt es sich, ob die Errichtung des Familienfideicommisses als solche bereits eine bestimmte Form erfordert; und das müssen wir

[151]) Das bestimmt auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 3 N. 1 (s. o. Note 130).

[152]) Molina l. c. I c. 12 n. 26. [153]) L. c. I c. 12 n. 28.

[154]) 13 § 1 De iur. codicill. (29, 7). L. 14 C De testam. (6, 23).

[155]) L. 29 § 1 Qui testam. fac. poss. (28, 1). L. 88 § 17 De legat. II (31).

verneinen. Weder landesherrliche oder obrigkeitliche Bestätigung noch Veröffentlichung der Stiftung, noch gerichtliche Abfassung oder Verlautbarung der Stiftungsurkunde, noch selbst Schriftlichkeit überhaupt können vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus als Requisite für die Errichtung eines Familienfideicommisses gelten. Zwar hat es den Anschein, als ob Knipschildt[156]) Schriftlichkeit fordere, doch wenn man seine Worte genauer betrachtet, so muß man sagen, daß er dieselbe lediglich des besseren Beweises wegen verlangt. Er sagt nämlich: Necessarium quoque videtur, ut in fideicommissi constitutione etiam scriptura interveniat. Quamvis enim alias fideicommissa etiam sine scriptura et solo nutu relinqui possint, — cum tamen fideicommissa familiarum regulariter et sua natura sint perpetua, pluresque leges et conditiones iisdem adiici soleant, ut de his omnibus et singulis tanto melius constare possit, et probatio facilior habeatur, scriptura necessaria videtur. Derselben Auffassung begegnen wir bei Kreittmayr[157]), wie auch Molina[158]) die Schrift nicht für nothwendig hält. Natürlich wird die Errichtung eines Familienfideicommisses ohne Schrift, wie schon Molina[159]) bemerkt, niemals vorkommen. Der Stifter müßte ja gar keinen Begriff von der Bedeutung eines Familienfideicommisses haben, namentlich sich nicht zum Bewußtsein gebracht haben, daß dasselbe durch Generationen hindurch dauern soll, woraus sich doch die Nothwendigkeit ergiebt, das Verhältniß klar zu stellen und für den Beweis desselben für alle Zukunft zu sorgen. Wenn es einmal doch der Fall sein sollte, so meint Molina, müßte über die Errichtung des Fideicommisses und die Bedingungen derselben eine öffentliche Erklärung vor dem Richter abgegeben werden. Dieser hätte unter Zuziehung der Interessenten und nach Abhörung der Zeugen (natürlich Beweis-Zeugen, nicht Solennitäts-Zeugen, denn solche sind nicht nothwendig) die Existenz des Fideicommisses auszusprechen und darüber eine Schrift aufzusetzen. Ein Erforderniß für die Gültigkeit des Fideicommisses kann dies aber nicht sein, denn sollte die hier genannte Handlung, worauf sich Molina weiter nicht einläßt, vom Stifter selbst ausgehen, so würden wir das Requisit der Schriftlichkeit zum Requisit der Gerichtlichkeit steigern, und ein Gleiches müßten wir sagen, wenn der Richter nach dem Tode des Stifters ex officio dies veranlassen, oder der erste Besitzer es vornehmen müßte, und die Gültigkeit erst von diesem Act datiren sollte. Daß es dagegen Pflicht des Stifters ist, um für den Beweis dadurch zu sorgen, ist unzweifelhaft, nur ist es nicht recht wahrscheinlich, daß er dieselbe erfüllen wird, wenn er sich nicht einmal die Mühe machte, die Stiftungsurkunde schriftlich abzufassen. Ist aber daran gedacht, daß der erste Besitzer oder ein anderer Interessent (eine juristische Nöthigung dazu besteht natürlich für keinen) jenen Act eines etwaigen künftigen

---

[156]) L. c. VI n. 242. [157]) Anmerkungen III C. 10 § 3 N. 1.
[158]) L. c. II c. 8 n. 1—4. [159]) L. c. II c. 8 n. 9.

Beweises wegen vornehmen würden, so ist nicht recht abzusehen, was derselbe für eine Bedeutung hätte, und namentlich, wie man demselben Beweiskraft beilegen konnte. Es handelt sich hier nämlich nicht um die gerichtliche Verlautbarung des Stiftungsacts, sondern um die Fixirung des Beweises der Existenz eines Familienfideicommisses. Letzteres aber dürfte nicht zulässig sein, da hier die Voraussetzungen eines Beweises zum ewigen Gedächtniß fehlen[160]).

Particularrechte fordern häufig landesherrliche resp. obrigkeitliche Bestätigung der Fideicommißstiftung, sowie Publication derselben, und deshalb müssen wir etwas näher darauf eingehen, weshalb weder das Eine noch das Andere vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus als Erforderniß angesehen werden kann.

Was zunächst die landesherrliche oder obrigkeitliche Bestätigung betrifft, so bemerken die älteren Schriftsteller ausdrücklich, daß dieselbe keineswegs erforderlich sei, so Molina[161]), Knipschildt[162]), Harpprecht[163]), Lauterbach[164]), Pütter[165]), Böhmer[166]), Kreittmayr[167]), Westphal[168]), Richter[169]), Mellmann[170]), Runde[171]), welche zum Theil von der kaiserlichen, zum Theil von der landesherrlichen, zum Theil von obrigkeitlicher Confirmation sprechen. Von ihnen weist Molina darauf hin, daß die Errichtung von Majoraten bereits legibus, d. h. nach spanischem Recht, zustehe. Wenn man nun auch in Deutschland auf eine solche specielle gesetzliche Anerkennung der Familienfideicommisse sich nicht stützen konnte[172]), so suchte man doch die Errichtung von Familienfideicommissen als dem bestehenden Recht vollkommen gemäß nachzuweisen. So Knipschildt, welcher geltend macht, daß regelmäßig dispositiones und conventiones auch ohne höhere Genehmigung gültig seien. Er stützt sich dabei auf L. 28 C. De transact. (2, 4), wo gesagt wird: Sive apud acta rectoris provinciae sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est, hanc servari convenit, und auf L. 17 C. De fide

---

[160]) Vgl. Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen Civilproceß § 240.

[161]) L. c. I c. 1 n. 24. II c. 2 n. 9 sq. [162]) L. c. VI n. 243—250.

[163]) De fideicommisso convent. n. 20.

[164]) Collegium pandect. theor. pract. II l. 36 t. 1 § 3.

[165]) Auserlesene Rechtsfälle II, 1 S. 47 ff.

[166]) De fundamento pact. fam. c. II § 10.

[167]) Anmerkungen III S. 10 § 3 N. 2.

[168]) Teutsches Privatrecht Th. II Abth. 57 § 6 S. 234.

[169]) De fideicommissis fam. p. 106 sq.

[170]) De fideicommissis fam. p. 52 sq. [171]) Deutsches Privatrecht § 62.

[172]) Auf die Bestimmungen des römischen Rechts über die Familienfideicommisse berief man sich hierbei nicht. Wenn es geschehen wäre, so würde das für uns keine Bedeutung haben, da das deutschrechtliche Familienfideicommiß sich doch in so wesentlichen Beziehungen vom römischen unterscheidet, daß es in der That zu einem ganz anderen Institut geworden ist.

instr. (4, 21), wo contractus venditionum vel permutationum vel donationum als Geschäfte genannt werden, quas intimari non est necessarium. Ferner hebt er hervor, daß namentlich eine Uebereinkunft, wodurch angeordnet werde, daß eine Burg oder bestimmte andere Güter lediglich bei dem Mannsstamm, mit Ausschluß der Weiber verbleiben sollten, auch ohne Insinuation und Confirmation zu Recht bestünde, sowie das Gleiche von den Statuten der reichsständischen Häuser, auch ohne daß dieselben durch den Kaiser genehmigt, gelte[173]), wie das bereits von älteren Juristen anerkannt war[174]). In gleicher Weise hebt Böhmer hervor, daß durch die pacta familiae successoria nichts Neues eingeführt, sondern das alte Recht bestärkt werde, und Richter bemerkt, daß es sich bei den durch adelige Personen aus ihren Erbgütern vorgenommenen Fideicommißstiftungen um die Ausübung von Befugnissen handele, die im Mittelalter unzweifelhaft bestanden hätten, während Mellmann den Grund in der dem Adel zustehnden Autonomie sucht. Für ersprießlich wurde allerdings die kaiserliche resp. landesherrliche Bestätigung zur Aufrechterhaltung eines Familienfideicommisses gehalten, indem man annahm, daß durch solche die Stiftung gegen einen Widerruf, sowohl von Seiten des Stifters selbst als der Nachkommen desselben gesichert, und jeder defectus der Anordnung gehoben würde[175]). Knipschildt macht hierbei auf die gleiche Erscheinung bei den Erbeinigungen und den Hausgesetzen der Reichsfürsten aufmerksam[176]). Demgemäß galt auch die Confirmation dann als erforderlich, wenn der Stifter bei seiner Anordnung die durch das Recht ihm gesetzten Schranken überschritten hatte[177]), was sich aus der in der früheren Zeit herrschenden Ansicht erklärt, daß landesherrliche Genehmigung alle Mängel eines Geschäfts heile. Das Richtige, welches den angegebenen Erklärungsversuchen zu Grunde liegt, ist dies, daß das Familienfideicommiß auf dem Gewohnheitsrecht, welches der Dispositionsbefugniß des Einzelnen eine solche Ausdehnung gegeben hat, beruht. Das hat unter den neueren Schriftstellern nur Beseler[178]) ausdrücklich hervorgehoben. Das Princip selbst aber, daß die Errichtung, eines Familienfideicommisses nach gemeinem Recht höherer Genehmigung nicht bedürfe, ist jetzt allgemein anerkannt[179]). Die entgegenstehende An-

[173]) L. c. VI n. 244.

[174]) So von Vultejus, consilia Marpurg. IV cons. 54 n. 23.

[175]) Knipschildt l. c. VI n. 245. S. auch das factum implorationis in der Brockdorff'schen Fideicommißsache § 3 bei Mellmann, de fid. fam. p. 251.

[176]) L. c. VI n. 246—250.

[177]) Molina l. c. II c. 2 n. 10. c. 7 n. 1. Lauterbach l. c. Runde a. a. O.

[178]) System § 176 N. I b.

[179]) Vgl. Moshamm, Geschlechts-Fideicommisse S. 35. Eichhorn, Einleitung § 368 N. II. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 68. Hillebrand, Lehrbuch § 70. Gengler, Lehrbuch I § 58 N. 2 S. 237. Auch Gerber, der

Ansicht wird nur von wenigen Juristen vertreten, von Dalwigk[180]), Maurenbrecher[181]), Salza, in seiner Lehre von Familien-Fideicommissen[182]), und Reyscher[183]). Der Erste kommt jedoch hierbei gar nicht in Betracht, da er die landesherrliche Genehmigung durchaus nicht als Requisit des gemeinen Rechts und aus juristischen Gründen fordert, sondern aus politischen, wie denn die von ihm aufgestellten Grundsätze lediglich den Bestimmungen der preußischen, österreichischen und bayerischen Gesetzgebung über Familienfideicommisse entnommen sind. Auch Salza läßt sich jetzt nicht mehr zu den Vertheidigern dieser Ansicht zählen, da er in einer späteren Abhandlung[184]) von dem gedachten Requisit ganz absieht. Derselbe war früher zu der verkehrten Ansicht dadurch gekommen, daß er die unbedingte Befugniß zur Errichtung von Familienfideicommissen als Ausfluß der Autonomie (welche nach heutigem Staatsrecht dem niederen Adel nicht mehr zustehe) ansah und das Institut nicht in seiner selbständigen auf dem Gewohnheitsrecht beruhenden Bedeutung auffaßte. Dasselbe ist von Maurenbrecher zu sagen, welcher die landesherrliche Genehmigung deshalb im heutigen Recht für nothwendig hält, weil die Hausgesetze der Mediatisirten derselben bedürften, woraus sich von selbst ergebe, daß dies auch für die autonomischen Anordnungen des niederen Adels, unter welchen Begriff er das Familienfideicommiß bringt, gelte[185]). Uebrigens ist es gleichfalls irrig, wenn Maurenbrecher für die Hausgesetze der hochadeligen Familien landesherrliche Genehmigung fordert. Die Bundesacte Art. 14 verlangt nur, daß jene dem Souverain „vorgelegt", nicht aber von ihm bestätigt würden. Reyscher hält die landesherrliche Genehmigung für nothwendig, um die im Particularrecht mangelnde Anerkennung der Familienfideicommisse zu suppliren. Denn die Befugniß durch Privatdispositionen zum Nachtheil der Töchter oder nachgeborener Söhne das gemeine Erbrecht zu ändern, gebührt nach ihm nur den hochadeligen und reichsritterschaftlichen Familien, vermöge der ihnen zur Zeit des Reichs zugekommenen Selbständigkeit. Auch diese Begründung ist zu verwerfen, da sie von der Voraussetzung ausgeht, daß die eigentlichen Familienfideicommisse gar keine gemeinrechtliche Geltung hätten, sondern erst der Anerkennung im Particularrecht bedürften.

---

in seinen Jahrbüchern I S. 90 fordert, daß die Fideicommißstiftung gerichtlich verlautbart und nach vorangegangener caussae cognitio bestätigt werde, hält in seinem System § 84 die landesherrliche Genehmigung wenigstens nicht ohne besondere particularrechtliche Vorschrift für nothwendig.

[180]) Versuch einer philosophisch juristischen Darstellung des Erbrechts III (Wiesbaden 1822) S. 59 ff.

[181]) Lehrbuch I § 217. [182]) S. 79.

[183]) Das gemeine und württembergische Privatrecht III (Tübing. 1848) § 677 S. 268 f.

[184]) In Weiske's Rechtslexicon IV S. 244.

[185]) Vgl. auch Lehrbuch I § 74.

Daß die Publication der Stiftungsurkunde kein Erforderniß einer gültigen Fideicommißstiftung ist, geht schon daraus hervor, daß wir nicht einmal die Schriftlichkeit als eine solche anerkennen konnten. So hat denn jenes bereits Knipschildt[186]) ausgesprochen, indem er sich darauf beruft, daß weder eine Rechtsnorm die Publication vorschreibe, noch irgend ein Rechtslehrer sie fordere. Wenn man dieses nun auch als die Meinung der meisten Juristen, selbst wenn dieselben sich darüber nicht aussprechen, ansehen kann, so giebt es doch solche, welche die Publication ausdrücklich fordern und durch sie die volle Rechtswirkung der Fideicommißstiftung bedingen lassen. Dies geschieht, abgesehen von Dalwigk[187]), der dies nur als eine Folge der von ihm geforderten gerichtlichen Bestätigung hinstellt, von Richter[188]) und in der neueren Zeit von Gerber[189]). Ersterer giebt selbst eine Begründung seiner Ansicht nicht; beruft sich aber auf Moser[190]), welcher für die Hausgesetze, Fideicommißverordnungen und Verträge der Reichsstände die Publication fordert, wenn die Anordnungen noch für andere Personen, als die Mitglieder der paciscirenden oder sonst dadurch unmittelbar betroffenen Familien Kraft haben sollen. Das angegebene Motiv ist jedoch kein juristisches, sondern lediglich billige Rücksichtnahme auf dritte Personen, welche, durch die Unkenntniß des Veräußerungsverbots verleitet, sich auf Rechtsgeschäfte über die demselben unterliegenden Güter einließen und dadurch in Nachtheil versetzt würden[191]). Nach Gerber dagegen ist die Publication der Fideicommißstiftungen bereits durch deren inneres Wesen bedingt, nämlich „damit das Publikum auf die Natur des beschränkten Eigenthums der Inhaber des Guts aufmerksam gemacht werde, wonach dieses als unveräußerlich und mit dauernden Lasten nicht beschwerbar erscheint". Allein dieses ist der Zweck der Publication; weshalb eine solche aber nothwendig sei, inwiefern dieselbe sich lediglich als Consequenz aus der Natur des Instituts darstelle, das wird nicht gezeigt. Was den von Moser angegebenen Grund betrifft, so wird er nur für die Nothwendigkeit der Publication der Hausgesetze reichsständischer Familien aufgestellt. Um deswillen allein freilich dürfen wir denselben noch nicht verwerfen, da ja möglicher Weise der Grund selbst von der Art sein könnte, daß er sich auch bei Familienfideicommissen geltend machen müßte. Allein selbst bei den hochadeligen Hausgesetzen ist derselbe gar nicht als ein zwingender anzusehen. Es mag für den Gesetzgeber bestimmend sein, die Publication der Fideicommißstiftungen anzuordnen, aber er reicht nicht hin, um daraus einen Schluß auf das Erforderniß

---

186) L. c. VI n. 458—470.

187) Erbrecht III S. 62. 188) De fideicommissis fam. p. 146.

189) In seinen Jahrbüchern I S. 90 f.

190) Persönliches Staatsrecht Th. II S. 179.

191) Aehnlich spricht sich auch Moser in seinem Familien-Staats-Recht C. 19 § 54 (Th. II S. 1225) aus.

einer solchen bereits nach dem bestehenden Recht zu ziehen. Eben so wenig läßt sich für Familienfideicommisse als maßgebend ansehen ein Grund, welcher in einem Erkenntniß des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 14. September 1835[192]) für das bereits vor der Bundesacte bestehende Erforderniß der Bekanntmachung hochadeliger Hausgesetze geltend gemacht wird. Es heißt hier, Familien-, Stamm- und Hausverträge enthielten eigentlich nur für die Familie, für welche sie gemacht seien, ein vertragsmäßiges Recht, und beträfen blos die Rechte und Verbindlichkeiten der Glieder der Familie. Als Verträge betrachtet könnten dieselben demnach unmöglich gegen Dritte wirken. Wenn man aber dieselben vermöge der Autonomie des Adels als Gesetze betrachte, so könnten sie nur von ihrer Bekanntmachung an Verbindlichkeiten gegen Dritte hervorbringen, weil Gesetze erst durch die Publication wirksam würden. Diese Argumentation[193]) kann man nämlich schon deshalb nicht auf Fideicommißstiftungen anwenden, weil eine solche niemals als Gesetz aufgefaßt werden kann. Endlich läßt sich auch aus der Bestimmung der deutschen Bundesacte Art. 14, daß die von den mediatisirten Häusern über ihre Güter und Familienverhältnisse getroffenen Verfügungen „bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden" sollten, noch keineswegs den Schluß ziehen, daß auch die Fideicommißstiftung zur allgemeinen Kenntniß gebracht werden müsse, da die angegebene Vorschrift durchaus positiv und keineswegs bereits durch die Natur der Hausgesetze der hochadeligen Familie bedingt ist. Es bleibt uns aber noch die Beantwortung der Frage übrig, ob nicht aus dem Wesen der Fideicommißstiftung das Erforderniß der Veröffentlichung derselben folge, oder, wie die Frage gleich concreter gestellt werden kann, ob nicht das in der Fideicommißerrichtung liegende Veräußerungsverbot Dritten gegenüber nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen nur dann wirksam sein könne, wenn jene bekannt gewesen? Und das müssen wir verneinen, da ja auch die Veräußerungsverbote des römischen Rechts zu ihrer vollen Wirksamkeit nicht voraussetzen, daß die Eigenschaft der Sache, welche jenes begründete, allgemein bekannt war, und auch der Erwerber einer Sache, welche einem Anderen verpfändet war, nicht weniger die Sache dem Pfandgläubiger herausgeben muß, weil die Existenz der darauf haftenden Hypotheken nicht bekannt war.

Particularrechte haben allerdings, wie schon oben angedeutet, meist ganz andere Grundsätze zur Geltung gebracht, welche zum Theil auch im öffentlichen Interesse dringend geboten erscheinen.

Zunächst bestimmte in Bayern bereits das Mandat des Kurfürsten Ferdinand Maria von 1672, daß Fideicommißstiftungs-Urkunden dem kurfürst-

---

[192]) Bei Seuffert, Archiv I. N. 76 (neuer Abdruck I S. 33).

[193]) Sie selbst scheint mir indeß auch nicht richtig zu sein, da es m. E. ganz irrig ist, die Wirksamkeit der Hausgesetze Dritten gegenüber von ihrer Qualität als Gesetze herzuleiten; diese haben sie nur den Mitgliedern der bestimmten Familie gegenüber.

lichen Hofrath oder der Regierung, in deren Bezirk das betreffende Gut gelegen, im Original oder beglaubigter Abschrift vorgelegt, und der wesentliche Inhalt der Urkunde in eigens dazu angelegte Bücher, behufs der Informirung eines Jeden, der ein Interesse an der Einsicht hätte, eingetragen würden. Und zwar sollte die Vorlegung und Eintragung der Fideicommißurkunde innerhalb sechs Monaten, nachdem das Familienfideicommiß in's Leben getreten, bei den in Zukunft zu errichtenden Fideicommissen erfolgen, bei den zur Zeit der Publication des Mandats bereits bestehenden, auf welche das Gesetz gleichfalls ausgedehnt wurde, innerhalb eines Jahres nach der Publication desselben. Die Folge der Nichtbeachtung der Vorschrift war Nichtigkeit der Fideicommißerrichtung dritten (nicht zur berufenen Familie gehörenden) Personen gegenüber. Der ausgesprochene Grund des Gesetzes war die Rücksicht auf den allgemeinen Credit[194]). Diese Bestimmung hat auch das Bayerische Landrecht aufgenommen, nur daß es die Frist für die Anmeldung und Immatricula-

[194]) Mandat vom 20. April 1672 bei Luenig, corp. iur. feudal. Germ. t. II Col. 525): „Jedoch und zumahlen für das Andere die Erfahrenheit einige Zeit hero ebenfalls bewiesen, daß die Majorat, Fidei-Commissa, Onera Fidei-Commissaria, und dergleichen Dispositiones in solcher Stille und Geheim gehalten, daß selbe nicht ruchtbar werden und in anderer Wissenschaft kommen köndten, wodurch erfolgt ist, daß verschidene Gläubiger, welche nahmhafte Capitalia auf derley bereits vorhero mit solchen Oneribus behaffte Güter unwissend diser Bürden, mit guten Glauben geliehen, hernach in Prioritate zuruck getrieben und in mercklichen Verlust gesetzt worden. Damit derohalben das Credit-Wesen in unseren Chur-Fürstenthum und Landen desto besser erhalten, auch niemand durch dergleichen heimliche Dispositiones gefährdet werde, so statuiren, ordnen und befehlen Wir hiermit, daß nun hinführan alle und jede bereits aufgerichte und künfftige Majorat, Fidei-Commissa, Onera Fidei-Commissaria und dergleichen Dispositiones bey Unserm Hoff-Rath oder Regierungen, darunter die mit solchen Oneribus afficirte Gütter gelegen, denen darzu deputirten Commissarien mit Verweisung der Originalien oder glaubwürdigen Vidimus angezeigt und in absonderliche hierzu gerichtete Protocolla oder Bücher, die in besonderer Verwahrung aufgehalten, mit Jahr und Tag, auch allen solchen Umständen immatriculirt werden sollen, wodurch ein jeder Creditor und Interessirte, welcher bey diesen Güttern oder Possessoren itzt oder künfftig etwas zu praetendiren haben möchte, sich der Nothdurfft nach informiren und vor Schaden conserviren, auch die so langwürige und kostbahre Process abgeschnitten werden köndten, dabey gleichwohl unvonnöthen, daß den Commissariis der gantze Inhalt des Testaments oder Disposition, sondern nur so viel communiciret und protocolliret werde, als viel den Creditoren wegen deren den Fideicommiss-Bürden unterworfenen Gütern zu wissen nöthig seyn mag. Es soll auch diese Anzeig und Immatriculation, so viel die bereits angesetzte Majorat, Fidei-Commissa und Dispositiones anbelangt, von Zeit der Publication dieser Ordnung inner Jahres-Frist, die künftige aber in sechs Monathen von der Zeit anzurechnen, da solche Haab und Gütter in der Qualität der gemachten Disposition besessen werden, beschehen, auch die Gültigkeit der künfftigen ihren

tion verkürzt, und die Innehaltung derselben noch durch eine dem zuerst zum Fideicommiß Berufenen, welchem die Anzeigepflicht obliegt, angedrohte Strafe (Entbehren des Genusses des Fideicommisses bis zur Immatriculation) gesichert hat[195]). Während wir nun in diesem alten bayerischen Recht nur das Requisit der Anmeldung und Eintragung der Fideicommißstiftung in öffentliche Bücher im Interesse des Realcredits haben, so fordert das Edict über die Familienfideicommisse vom 26. Mai 1818 für die Gültigkeit eines Fideicommisses, und zwar überhaupt, nicht allein mit Rücksicht auf dritte Personen[196]), außerdem noch eine gerichtliche Bestätigung der Fideicommißerrichtung, welche durch das Appellationsgericht, in dessen Sprengel das zum Fideicommiß bestimmte Gut oder Vermögen belegen[197]), nach angestellter eingehender caussae cognitio, die den Zweck hat, das Vorhandensein der Erfordernisse

---

Anfang erst von Zeit der Immatriculation nehmen, also zwar, daß wann unter solcher Zeit die Anzeigung und Immatriculation nicht erfolgen würde, dergleichen Disposition in kraft biß (ausser deren in dem Fidei-Commiss begriffenen Erben und Successorn) allerdings nichtig und krafftlos seyn, und in keinem Tribunali darauf erkanndt werden solle."

[195]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 3 N. 2: „Bedarf man zwar weder ein- noch anderenfalls (scil. weder bei letztwilligen noch durch Geschäft unter Lebenden errichteten Familienfideicommissen) einer Obrigkeitlichen Confirmation oder Insinuation oder Immatriculation, soviel nur die in der Disposition begriffene Erben oder Fideicomiss-Successores unter sich betrift, in Ansehen eines Drittens hingegen, welcher etwan Iure Crediti oder sonst dabey interessirt ist, wird ein Fideicommissum Familiae, solang und viel für frey und allodial geachtet, bis die Fideicommiss-Disposition entweder bei dem Churfürstlichen Hof-Rath, oder wenigst bey jener Regierung, worunter das Fideicommiss-Gut liegt, in Originali oder Glaubwürdigen Vidimus vorgelegt, und quoad Passus concernentes dem Matricul-Buch mit Vormerkung Jahr, Monats und Tags ordentlich und umständig einverleibt ist, welches auch der erste Fideicommissarius längst einer Monat-Zeit a Die Publicationis Testamenti vel Notitiae so gewiß zu befolgen hat, als er im widrigen Fall von dem Fideicommiss-Genuß bis zur Immatriculation ipso Facto ausgeschlossen seyn solle". Vgl. hierzu Kreittmayr III C. 10 § 3 N. 2.

[196]) Edict § 22: „Ein Familien-Fideicommiß wird erst 1) durch gerichtliche Bestätigung und 2) durch die Eintragung in die Fideicommiß-Matrikel wirksam".

[197]) Edict § 23: „Die Bestätigung wird in einer bey dem betreffenden Appellations-Gerichte von den Betheiligten, oder im Fall eines durch letzten Willen bestimmten Fideicommisses von denjenigen, welchen dessen Vollzug obliegt, zu übergebenden Vorstellung nachgesucht". Dieses Gericht muß das der belegenen Sache sein: Edict § 14: „Alle Handlungen, welche sich auf die Bestätigung des Fideicommisses beziehen, oder sonst die Genehmigung des Gerichts erfordern, sowie die Führung der Fideicommiß-Matrikel, sind dem Appellations-Gerichte zugewiesen, in dessen Bezirke das Fideicommiß-Vermögen gelegen ist. Liegen die Güter unter verschiedenen Appellations-Gerichten, so ist dasjenige zuständig, in dessen Bezirke sich das Hauptobject des Fideicommisses befindet".

einer Fideicommißstiftung zu constatiren[198]), und alle Mängel, die später den Bestand des Fideicommisses gefährden könnten, zu beseitigen[199]), zu ertheilen

[198]) Edict § 24: „Mit dieser Vorstellung (s. § 23 — Note 197 —) ist 1) die Urkunde, welche die fideicommissarische Disposition enthält, entweder in Urschrift, oder in einer gerichtlich beglaubigten Abschrift, und eine umständliche Anzeige aller Bestandtheile des Fideicommisses vorzulegen, dabei 2) gerichtlich zu bekunden, daß der Fideicommiß-Stifter bisher der unbestrittene Eigenthümer des zum Fideicommisse bestimmten Grundvermögens war; ferner 3) nachzuweisen, daß das zum Fideicommisse bestimmte Vermögen schon dermal oder wenigstens in der Zukunft zur Gründung eines Familien-Fideicommisses (§§ 2 bis 7) geeignet sey, worüber in Ansehung des Grundvermögens beglaubigte Auszüge aus den Steuer-Registern beizulegen sind; 4) bey den durch letztwillige Verfügung errichteten Fideicommissen ist zu beweisen, daß diese Verfügung von den Betheiligten als rechtsbeständig anerkannt, und kein Notherbe an seinem Pflichttheil verletzt sey, endlich sind 5) die erforderlichen Beweise der persönlichen Fähigkeit derjenigen, zu deren Vortheil das Fideicommiß errichtet wurde, beyzulegen".

[199]) Edict § 25: „Zeigen sich bey der vorläufigen Prüfung dieses Gesuchs Anstände und Mängel, so sollen sie den Betheiligten eröffnet, und diese zur Hebung der Anstände und Ergänzung des Mangelnden innerhalb eines bestimmten jedoch auf Ansuchen zu verlängernden Termins aufgefordert werden". § 26: „Das Appellations-Gericht hat von den Gerichten und Hypotheken-Aemtern, in deren Bezirk die zum Fideicommiß bestimmten Güter liegen, Zeugnisse abzuverlangen, ob und mit welchen Hypotheken sie belastet seyen, auch denjenigen, welche hinsichtlich des zum Fideicommisse bestimmten Vermögens persönliche oder hypothekarische Forderungen zu machen haben, und zwar den unbekannten Gläubigern durch Edictal-Ladung, zu deren Angabe einen präclusiven Termin von sechs Monaten unter dem Rechtsnachtheile vorzusetzen, daß nach Verstreichung desselben das obgedachte Vermögen als ein Familien-Fideicommiß würde immatriculirt werden, folglich dieselben wegen der nicht angezeigten Forderungen sich nicht mehr an die Substanz des Fideicommiß-Vermögens, sondern nur an das Allodial-Vermögen des Schuldners, oder in dessen Ermangelung an die Früchte des Fideicommisses zu halten, berechtigt seyn sollten, und selbst hier nur unter der Beschränkung, daß sie denjenigen Gläubigern nachgehen, welche sich innerhalb des gedachten Termins gemeldet haben. Die Edictal-Ladung soll dreymal in zweymonatlichen Zwischenräumen in öffentliche Blätter eingerückt werden". § 27: „Werden nach erfolgter gerichtlicher Bekanntmachung Forderungen vorgebracht, für welche das zum Fideicommiß bestimmte Vermögen haftet, so soll das Gericht den Gläubigern den Zustand dieses Vermögens eröffnen, und sich bestreben zwischen ihnen und den Fideicommiß-Folgern eine Uebereinkunft zu Stande zu bringen. Die Forderungen, welche ein Gläubiger auf dem Fideicommisse stehen läßt, können die Eigenschaft einer Fideicommiß-Schuld erster Classe erhalten; jedoch muß nicht nur das im § 2 bestimmte Grundvermögen unbeschwert bleiben, sondern auch für diese Schulden ein Tilgungsplan (§ 69) entworfen und nach erfolgter gerichtlichen Bestätigung der Fideicommiß-Matrikel einverleibt werden".

ist[200]). Außer der hierauf erfolgenden Eintragung in eigene bei dem zuständigen Appellationsgericht zu führende besonders eingerichtete Matrikel fordert das Edict (freilich nicht als Requisit für die Rechtsbeständigkeit des Familienfideicommisses) noch die Bekanntmachung der Bestätigungsurkunde[201]), und zwar der ganzen Urkunde, nicht nur eines Auszugs aus derselben[202]), durch öffentliche Blätter. Bei den durch königliche Dotation gegründeten Familienfideicommissen fällt jedoch das Erforderniß der gerichtlichen Bestätigung ganz fort[203]).

In Oesterreich bestand in der früheren Zeit keine Verpflichtung[204]), zu einer Fideicommißerrichtung landesherrliche oder gerichtliche Genehmigung nachzusuchen. Dieses wurde noch durch ein Gesetz des Kaisers Leopold I. vom 2. October 1674 anerkannt[205]). Unter der Regierung von Maria Theresia wurde

---

[200]) Edict § 29: „Nach geendigter Instruction ist die Errichtung des Fideicommisses in wiederholte und nähere Prüfung zu nehmen, und von dem Appellations-Gerichte die Bestätigung, wenn es an einem wesentlichen Erfordernisse mangelt, abzuschlagen, oder, wenn es daran nicht mangelt, zu ertheilen. Diese Bestätigung wird im Falle der §§ 10 und 28 unter der Bedingung, daß innerhalb des bestimmten Zeitraumes das zur Errichtung eines Fideicommisses erforderliche Grundvermögen hergestellt werde, im Falle des § 20 aber mit Vorbehalt der Rechte der Notherben auf den Pflichttheil ertheilt".

[201]) Edict § 30: „Im Falle der nach § 29 zu ertheilenden Bestätigung wird darüber eine Urkunde ausgefertigt, welche sämmtliche Bestandtheile und Bedingungen des Fideicommisses enthalten muß; diese wird sodann in die Fideicommiß-Matrikel eingetragen, durch das Allgemeine Intelligenz-Blatt bekannt gemacht, und deren Vormerkung in den Hypothekenbüchern des Orts, wo ein zum Fideicommiß gehöriges Gut gelegen ist, von dem Appellations-Gerichte veranlaßt". Ueber die Matrikel handelt § 16: „Bey jedem Appellations-Gerichte wird eine eigene Matrikel geführt, welche die in dessen Bezirke befindlichen Familien-Fideicommisse mit einer vollständigen Anzeige des dazu gehörenden sowohl Grund- als andern Vermögens, dessen Ab- und Zugänge, die darauf haftenden Lasten und Schulden, die zur Tilgung der Schulden und Ergänzung oder Vermehrung der Substanz festgesetzten Fristen, dann alle an dem Fideicommisse mit Genehmigung des Gerichts vorgegangenen Veränderungen enthält. Jeder Betheiligte kann die Einsicht dieser Matrikel verlangen".

[202]) Vgl. Pözl, Bayer. Verf. R. § 45 S. 88.

[203]) Edict § 31: „Bey den durch Königliche Dotation gegründeten oder vermehrten Fideicommissen wird das Ertheilungs-Decret nebst dem Verzeichniß der das Fideicommiß constituirenden Güter dem Staats-Ministerium der Justiz zugefertigt. Diesem liegt sodann ob, hiernach die Fideicommiß-Urkunde auszufertigen, und sowohl wegen öffentlicher Bekanntmachung als wegen Immatriculation das Geeignete zu verfügen". Vgl. Pözl a. a. O.

[204]) Vgl. hierüber Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 82—89.

[205]) Ges. vom 2. Oct. 1674 (Cod. Austr. I S. 336): — „Lassen Wir es

dagegen die landesfürstliche Genehmigung für die Rechtsbeständigkeit eines aus Grundstücken bestehenden Familienfideicommisses als wesentliches Erforderniß aufgestellt und zwar so, daß die Gewährung jener in das Ermessen der Landesherrschaft gestellt und von der Prüfung des speciellen Falls abhängig gemacht wurde[206]). Durch das Galizische Gesetzbuch von 1797 wurde die Einholung landesherrlicher Genehmigung ganz allgemein für jedes, also auch in Mobilien bestehende Fideicommiß als wesentlich gefordert[207]). Und dieser Grundsatz hat auch im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden[208]). Nach dem ganzen Gange, welchen die Gesetzgebung in dieser Materie in Oesterreich genommen hat, ist die Bestätigung keineswegs für eine bloße Form anzusehen, welche von Seiten des Landesherrn nicht abgeschlagen werden dürfte, sondern es geht derselben eine caussae cognitio vorher.

Nach älterem sächsischem Recht war die Genehmigung und Bestätigung durch den Richter (und zwar den der belegenen Sache), welche bei Lehnsgütern durch die lehnsherrliche ersetzt wurde, ein Requisit der Fideicommißstiftung. Die Chursächsische Erläuterte Proceßordnung von 1724 fordert dieselbe, freilich nicht so, daß sie die Existenz des Familienfideicommisses überhaupt dadurch bedingen läßt, aber daß seine Wirksamkeit dritten Personen gegenüber davon abhängig gemacht wird. Auch hier ist das ausgesprochene Motiv der Bestimmung die Rücksicht auf das Interesse dritter Personen[209]). Da nicht blos

---

bei der Fideicommittenten-Willkühr ferner gnädigst bewenden, ob sie über ihre Dispositiones Unsere landesfürstliche Konfirmation begehren wollen oder nicht".

[206]) Das Gesetz vom 22. Januar 1763 (Cod. Austr. VI S. 371) bestimmt, „daß fürhin von Niemanden, wer es immer seyn möge, ohne vorhero erhaltenen besonderen l. f. Consens ein Fideicommiß in immobilibus errichtet, auch Ihre Majestät auf die Consensertheilung zur Errichtung eines Fideicommisses in immobilius nicht leicht eingerathen, und da gleichwohl in einem oder dem andern besonderen Falle zu einem Fideicommiß in immobilibus gerathen werden möchte, dabei eine genaue Schätzung beobachtet, und über den Betrag von 400,000 fl., welchen Ihre Majestät pro quanto normali der zu errichteten Fideicommisse hiermit bestimmen, niemals eingerathen werden soll. — Dagegen wollen a. h. dieselben jedermann vollkommen freigelassen haben, die Kapitalien, so in fundis publicis anliegen, für Fideicommiß zu erklären, dergestalt zwar, daß diese Erklärung in vivis durch Errichtung eines ordentlichen Fideicommiß-Instruments oder per testamentum geschehen möge".

[207]) Galiz. Gesetzb. § 413 a. E.: — „ohne besondere Begünstigung der gesetzgebenden Gewalt kann kein Fideicommiß errichtet werden".

[208]) A. B. G. B. § 627: „Ohne besondere Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt kann kein Fideicommiß errichtet werden."

[209]) Erl. Proceß-Ordn. ad tit. XLV § 7: Nachdem wir auch vermerket, daß aus denen so genanndten Fideicommissis Familiae, wenn solche auf bloße privat-Dispositiones oder Pacta sich gegründet, viele Irrungen und Weitläufigkeiten, zu nicht geringem Nachtheil derer Creditorum entstanden; So setzen, ordnen und

Consens, sondern auch Confirmation gefordert wird, so findet vor Ertheilung derselben caussae cognitio Statt. Diese Bestimmung wurde im Königreich Sachsen durch ein Gesetz vom 23. Januar 1836 auf die in der Oberlausitz belegenen Familienfideicommisse ausgedehnt, und zwar mit der Maßgabe, daß bei den bereits bestehenden Fideicommissen gerichtliche Confirmation und Consens, und zwar innerhalb einer bestimmten Frist nachgeholt werden sollte. Dagegen wurde das Nachholen des Consenses, wenn das Fideicommiß bereits bestätigt war, erlassen[210]). Das Sachsen-Weimarische Gesetz über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form vom 22. April 1833 fordert ohne Rücksicht auf die Größe des Familienfideicommisses stets landesherrliche Genehmigung für die Errichtung[211]), und zwar auch bei Lehnsgütern neben der lehnsherrlichen[212]). Diese Bestätigung kann vom Stifter, aber auch nach dessen Tode noch von den Fideicommißinteressenten oder von demjenigen, welchem die Aufsicht über das Fideicommiß übertragen ist, nachgesucht werden[213]). Das (königlich) Sächsische Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das

wollen Wir, daß in Zukunft dergleichen Fideicommissa, wofern selbige nicht bei Lehengütern von dem Lehenherrn, bei Erb-Stücken aber von dem Gerichtsherrn, damit es zu jedermanns Wissenschaft gelangen könne, confirmiret, und Consens darüber, ertheilt worden, wider die Creditores et Possessores tertios, von keiner Gültigkeit seyn solle".

[210]) Ges. v. 23. Jan. 1836 1: „Die Bestimmung in der Erl. Proceßordnung ad Tit. XLV § 7, daß Familienfideicommisse, wofern sie nicht bei Lehngütern von dem Lehnsherrn, bei Erbstücken aber von dem Gerichtsherrn (von dem Richter der gelegenen Sache) damit es zu jedermanns Wissenschaft gelangen könne, confirmiret und Consens darüber ertheilt worden, wider die Creditores und Possessores tertios von keiner Gültigkeit seyn sollen, ist künftig auch in der Oberlausitz zur Anwendung zu bringen, und zwar auch bei denjenigen Familienfideicommissen, welche ohne Confirmation und Consens bereits constituirt sind, dafern nicht dergleichen bis zum ersten April 1837 annoch ausgebracht wird. Sollte jedoch ein Familienfideicommiß zwar schon bestätigt, aber keine Consensertheilung hinzugekommen seyn, so mag es dabei bewenden".

[211]) Sachs. Weimar. Ges. v. 22. Apr. 1833 § 1: „Verträge und letztwillige Verordnungen, welche ein ganzes Vermögen oder einzelne Theile desselben, hingesehen auf alle oder doch auf mehre Geschlechtsfolger, für ein unveräußerliches Familieneigenthum erklären (Familien-Fideicommisse), erlangen jederzeit vorbehältlich der im § 2 enthaltenen Ausnahme, erst durch landesherrliche Genehmigung verbindende Kraft". Die im § 2 enthaltene Ausnahme ist in Wahrheit gar keine. Hier handelt es sich lediglich um die bei fideicommissarischen Substitutionen angeordnete erste oder nur einmalige Restitution, und die von Mitgliedern mediatisirter Familien errichteten Fideicommisse und Familienverträge, wofür die Bestimmungen der Deutschen Bundesacte Art. 14 als maßgebend anerkannt werden.

[212]) Sachs. Weimar. Ges. v. 22. April 1833 § 5 (s. o. S. 76).

[213]) Sachs. Weimar. Ges. v. 22. April 1833 § 3: „Ist die landesherrliche Bestätigung nicht bei Lebzeiten des Stifters gesucht worden: so kann dieselbe mit

Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843 (§ 9) läßt zwar die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch an die Stelle der durch die Erläuterte Proceßordnung ad tit. XLV § 7 vorgeschriebenen gerichtlichen Confirmation und Consensertheilung des Richters oder des Gerichtsinhabers treten. Dagegen fordert das Bürgerliche Gesetzbuch die landesherrliche Genehmigung wenigstens für den Fall eines der Willkür der Interessenten ganz entzogenen Fideicommisses, indem das ohne solche begründete Familienfideicommiß bereits in der Hand des dritten Inhabers durch die Betheiligten aufgehoben oder geändert werden kann[214]).

Das Preußische Landrecht verlangt, indem es für Familienfideicommisse in dieser Beziehung dieselben Requisite, wie für Familienstiftungen aufstellt[215]), Verlautbarung und Bestätigung der Fideicommiß-Urkunde vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Stifters[216]), und wenn Grundstücke den Gegenstand des Fideicommisses bilden oder zu demselben gehören, außerdem noch Verlautbarung vor dem Richter der belegenen Sache[217]). In dieser Beziehung ist durch das Gesetz vom 5. März 1855 die Kompetenz der Gerichtsbehörden in Familien-Fideicommißsachen betreffend, in so fern eine Aenderung eingetreten, als an die Stelle des persönlichen Richters des Stifters und des iudex rei sitae das Appellationsgericht des Bezirks, in welchem das zum Fideicommiß

---

gleichem Erfolge nach seinem Tode von denjenigen ausgewirkt werden, welche an dem Bestande der Stiftung Interesse haben oder durch die Stiftungsurkunde zur Aufsicht berufen sind".

[214]) Sächs. Gesetzb. vom 2. Jan. 1863 § 2538: „Eine Familienanwartschaft kann, sofern nicht von dem Stifter mit Genehmigung des Landesherrn etwas Anderes bestimmt ist, von den Betheiligten geändert oder aufgehoben werden, wenn sie mit Einschluß Desjenigen, welcher in Folge der Anordnung der Anwartschaft der erste Inhaber des Gegenstandes derselben ist, in die dritte Hand gekommen ist."

[215]) § 62 A. L. R. II, 4: „Von Errichtung und Verlautbarung der Fideicommiß-Urkunden gilt eben das, was in Ansehung der Familienstiftungen verordnet ist (§ 28 sqq.).

[216]) § 29 A. L. R. II, 4: „Diese Stiftungsurkunden sollen künftig allemal vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Stifters verlautbart, und demselben zur Bestätigung vorgelegt werden".

[217]) § 63 A. L. R. II, 4: „Doch muß, wenn das Fideicommiß in einem Grundstücke besteht, die Verlautbarung vor demjenigen Richter geschehen, unter welchem das Grundstück belegen ist." § 6 A. G. O. II, 1: „Vor dem ordentlichen persönlichen Richter müssen vollzogen werden — die Errichtung von Familienstiftungen und beständigen Fideicommissen; jedoch mit Vorbehalt der Verlautbarung dieser letzteren, in so fern sie Grundstücke betreffen, vor dem Richter der Sache, in so fern derselbe von dem persönlichen Richter verschieden ist. Liegen die zum Fideicommisse gewidmeten Sachen unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten, so muß die Verlautbarung bei einer jeden derselben erfolgen".

gewidmete Vermögen belegen, gesetzt ist[218]). Die Verlautbarung muß veranlaßt werden entweder vom Stifter oder vom Haupt der zum Fideicommisse berufenen Familie[219]). Durch die genannten Requisite wird die Gültigkeit der Fideicommißstiftung nicht nur dritten Personen gegenüber, sondern auch in Betreff der Mitglieder der berechtigten Familien selbst bedingt[220]). Dem Richter steht hierbei eine caussae cognitio zu, was nicht sowohl hervorgeht aus § 31 A. L. R. II, 4[221]), welcher nur dem Richter zur Pflicht macht, für eine möglichst unzweideutige und genaue Fassung der Stiftungsurkunde Sorge zu tragen, als vielmehr daraus, daß der Richter die Bestätigung nur dann ertheilen darf, wenn das Fideicommiß den gesetzmäßigen Anforderungen entspricht. Soll zu einem Fideicommiß ein Vermögen gewidmet werden, dessen jährlicher Reinertrag zehntausend Thaler übersteigt, so ist das nur mit landesherrlicher Genehmigung möglich[222]), deren Ertheilung reine Gnadensache ist. Eine solche Genehmigung ersetzt naturgemäß die gerichtliche, wenn schon das Gericht eine Vorprüfung der Fideicommißstiftung wegen des behufs Einholung der königlichen Erlaubniß abzustattenden Berichts vornehmen muß.

Nach dem Badischen Landrecht können Stammgüter nur mit Staatsbewilligung errichtet werden[223]).

In Oldenburg wurde durch die Verordnung wegen Wiederherstellung der lehn- und gutsherrlichen Verhältnisse vom 10. März 1814, welche unter anderen auch den aufgehobenen Fideicommißverband wieder herstellte, (im § 5)

---

[218]) Ges. v. 5. März 1855 § 1: „Die Appellationsgerichte bilden fortan die Fideicommißbehörde für sämmtliche Familienfideicommisse ihres Bezirks. Sie treten demnach in Beziehung auf die Verlautbarung und Bestätigung zu errichtender Stiftungsurkunden an die Stelle des persönlichen Richters, und haben auch bei Beaufsichtigung der Familien-Fideicommißstiftungen, bei Familienschlüssen und sonstigen Dispositionen über die dem Fideicommisse gewidmeten Objekte alle Funktionen wahrzunehmen, welche die bestehenden Gesetze dem Fideicommißrichter zuweisen". § 3: Die Verlautbarung der Familien-Fideicommißstiftungen, denen Grundstücke gewidmet sind, vor dem Richter der Sache findet ferner nicht statt".

[219]) § 30 A. L. R. II, 4: „Diese Verlautbarung muß, wenn sie der Stifter nicht selbst schon bei seiner Lebenszeit bewirkt, durch den Vorsteher der zum Genusse der Stiftung berufenen Familie besorgt werden".

[220]) § 32 A. L. R. II, 4: „So lange die Stiftungsurkunde nicht gerichtlich verlautbart worden, soll keine Klage daraus angenommen werden".

[221]) § 31 A. L. R. II, 4: „Der Richter ist schuldig nach näherer Anweisung der Gesetze, welche die gerichtliche Verfahrungsart in nicht streitigen Rechtsangelegenheiten vorschreiben, darauf zu sehen, daß dergleichen Urkunden deutlich und bestimmt gefaßt, auch künftigen Zweifeln und Prozessen möglichst vorgebeugt werde".

[222]) § 56 A L. R. II, 4: „Für eben diese Familie soll in Zukunft kein Fideicommiß, welches den reinen Ertrag von Zehntausend Thalern übersteigt, ohne besondere Landesherrliche Genehmigung gestiftet werden."

[223]) Badisches Landr. Art. 577 cc. (s. o. Note 138).

zugleich bestimmt, daß „neue fideicommissarische Substitutionen" „ohne besondere Landesherrliche Genehmigung nicht errichtet werden" dürften[224]).

Das Hannöversche Gesetz über die Errichtung von Familienfideicommissen vom 13. April 1836 fordert landesherrliche Genehmigung (auch bei Lehnsgütern neben der lehnsherrlichen) eines jeden aus Grundstücken bestehenden Familienfideicommisses, die aber nicht versagt werden darf, sobald die Fideicommißstiftung den über Familienfideicommisse geltenden gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Hierdurch ist natürlich die Gültigkeit der Stiftung bedingt. Außerdem ist ein Auszug der Stiftungsurkunde, welcher wenigstens eine genaue Bezeichnung der Gegenstände des Fideicommisses enthalten muß, öffentlich bekannt zu machen[225]).

Ferner schreibt auch das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837 landesherrlichen Consens vor und verlangt außerdem bei den durch einseitiges Geschäft unter Lebenden errichteten Fideicommissen eine gerichtliche, und zwar vor dem competenten Richter (und das ist wohl der iudex rei sitae) abgegebene Erklärung, wogegen von diesem letzteren Requisit bei den durch Vertrag und letztwillige Verfügung gestifteten Familienfideicommissen abgesehen wird. Auch gelten diese Requisite nur für den Fall, daß Allodialgüter zum Fideicommiß gewidmet werden[226]). Geschieht dieses mit Lehngütern, so genügt die Eintragung des Lehnsaufhebungsgeschäfts in das Hypothekenbuch.

---

224) Diese Bestimmung wurde mittelst herzoglichen Rescripts vom 29. Juli 1819 (s. Regierungs-Bekanntmachung vom 2. August 1819) dahin authentisch declarirt: „daß die Landesherrliche Genehmigung nicht zu einer einmaligen fideicommissarischen Substitution, sondern nur zu Dispositionen über fortdauernde Fideicommisse erforderlich sey; die Dispositionen der letzteren Art aber dem bei der Regierung einzureichenden motivirten Gesuche um Landesherrliche Genehmigung jedesmal in der Fassung, wie sie der Disponent zu errichten beabsichtigt, anzulegen sind".

225) Hannöv. Ges. vom 13. April 1836 § 36: „Die Fideicommiß-Stiftung tritt in Kraft, sobald die von dem Stifter in der Form einer einseitigen Disposition darüber errichtete Urkunde von Uns oder in Unserem Namen, und soweit Lehngüter darunter begriffen sind, auch lehnsherrlich bestätigt, und ein Auszug daraus, welcher jedoch auf eine genaue Bezeichnung der Gegenstände des Fideicommisses beschränkt bleiben kann, auf Verfügung Unseres Ministerii öffentlich bekannt gemacht ist. — So wenig die landesherrliche, als die lehnsherrliche Bestätigung kann versagt werden, wenn die Fideicommiß-Stiftung den obigen Bestimmungen (§§ 29—35) gemäß ist". Der § 39 bestimmt, daß auch „solche immerwährende Familien-Fideicommisse, welche in Zukunft aus Bestandtheilen, die nicht im Lehnsverbande stehen, gestiftet werden, zu ihrer Gültigkeit der landesherrlichen Bestätigung" bedürfen. Nur auf römisch-rechtliche Fideicommisse, wie auf Fideicommisse, die in Geldsummen oder Mobilien bestehen, ist diese Vorschrift, wie überhaupt die Bestimmungen des Gesetzes, nicht anwendbar.

226) Braunschw. Ges. v. 28. März 1837 § 24 (s. o. Note 143).

Doch bedarf es in beiden Fällen, wenn auch dritten Personen gegenüber das Fideicommiß seine Wirksamkeit äußern soll, der öffentlichen Bekanntmachung der geschehenen Fideicommißstiftung[227]). Das die Familienfideicommisse wiederherstellende Gesetz vom 28. Mai 1858 fordert gleichfalls landesherrliche Bestätigung. Ferner soll nach demselben nicht nur die in einem einseitigen Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern auch die vertragsmäßig geschehene Fideicommißstiftung die Form eines instrumentum publicum haben, und zwar muß bei dem ersteren die Erklärung des Stifters entweder vor dem competenten Richter zu Protokoll abgegeben oder demselben von jenem persönlich oder durch einen Specialbevollmächtigten übergeben sein[228]). Als competenter Richter wird hier ausdrücklich der der belegenen Sache bezeichnet[229]). Die öffentliche Bekanntmachung wird in demselben Sinne wie in dem Gesetz von 1837 als Requisit aufgestellt[230]).

---

[227]) Braunschw. Ges. v. 28. März 1837 § 21: „Lehnbare Rittergüter und deren lehnbare Zubehörungen, so wie die zu Gunsten der Mitbelehnten des Besitzers auf solchen Lehnen haftenden Lehnstämme, werden durch Auflösung des Lehnverbandes und Eintragung des Lehnaufhebungsgeschäfts in das Hypothekenbuch in Familien-Stammgut verwandelt. Diese Umwandlung ist, damit deren rechtliche Wirkungen gegen Dritte eintreten, durch Unsere Herzogl. Landes-Oekonomie-Commission in den hiesigen Anzeigen bekannt zu machen". Bei Allodialgütern liegt „die Bekanntmachung der Verwandlung" dem competenten Gericht ob: § 24.

[228]) Braunschw. Ges. über die Errichtung von Familien-Stammgütern vom 20. Mai 1858 § 1: — „Die Familien-Stammguts-Begründung geschieht durch eine zu Protokoll vor dem zuständigen Amts- oder Stadtgericht abgegebene, oder demselben in öffentlicher Form persönlich oder durch einen legitimirten Special-Mandatar überreichte Erklärung des Eigenthümers, oder durch Vertrag in öffentlicher Form, oder durch letztwillige, mit den gesetzlichen Formen versehene, Verfügung, und muß mit einer genauen Specification der Zubehörungen, Rechte und Lasten, welche das Familien-Stammgut bilden sollen, versehen sein; sie bedarf zu ihrer Gültigkeit der landesherrlichen Bestätigung und wird, sobald diese ertheilt ist, unwiderruflich, auch sofort wirksam, wenn nicht der Eintritt ihrer Wirksamkeit in der Stiftungsurkunde selbst bis zu einem späteren Zeitpunkte hinausgesetzt ist". — Dieselben Erfordernisse werden für die Vergrößerung des Familienfideicommisses durch Hinzufügung neuer Grundstücke aufgestellt. Es heißt nämlich in dem § 1 nach den angeführten Worten weiter: „Auf dieselbe Weise können auch späterhin einem Stammgutsbestande der vorbezeichneten Beschaffenheit andere im Herzogthume belegene Grundstücke mit gleicher rechtlicher Eigenschaft beigelegt und einverleibt werden".

[229]) Ges. vom 20. Mai 1858 § 1: — „Das zuständige Amts- oder Stadtgericht ist dasjenige, in dessem Bezirke das Gut mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden belegen ist, und wenn ein Familien-Stammgut aus zwei Gütern gebildet wird, dasjenige Amts- oder Stadtgericht, dessen Bezirke das Gut angehört, auf welchem der Begründer zur Zeit der Begründung seinen Wohnsitz hatte".

[230]) Ges. vom 20. Mai 1858 § 1: — „Die Umwandlung in Familien-

Endlich stellt das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 als Form-Requisite der Fideicommißerrichtung auf, außer der gerichtlichen Abfassung der Stiftungsurkunde, welche nur dann nicht nothwendig, wenn letztere ein Testament ist, die landesherrliche Erlaubniß, Beurkundung des competenten Gerichts, und zwar des Richters der belegenen Sache, daß juristische Hindernisse für die Errichtung nicht vorhanden, welche natürlich nur nach vorangegangener caussae cognitio zu ertheilen ist, und noch eine besondere landesherrliche Confirmation der Stiftung[231]). Durch das Vorhandensein dieser Erfordernisse ist die Gültigkeit des Fideicommisses den Mitgliedern der berechtigten Familie selbst gegenüber bedingt. Außerdem soll „die Errichtung des Fideicommisses durch das Regierungsblatt bekannt“ gemacht werden[232]).

§ 7.
Hypothecarische Eintragung der Fideicommißqualität.

So wenig eine bestimmte Form für die Errichtung von Familienfideicommissen gefordert werden konnte, so wenig die Eintragung der Fideicommißqualität in das Grund- oder Hypothekenbuch bei solchen Fideicommissen, die

Stammgut ist von dem zuständigen Amts- oder Stadtgerichte mit summarischer Aufführung der Bestandtheile des Familien-Stammguts öffentlich bekannt zu machen, und ihre rechtliche Wirkung gegen Dritte tritt erst von Zeit dieser Bekanntmachung ein; sie ist ferner in ein kostenfrei anzulegendes Lagerbuch und in die Hypothekenbücher einzutragen, auch die Stiftungsurkunde nebst der landesherrlichen Genehmigung in die Grundacten aufzunehmen. Später eintretende Veränderungen in dem Familien-Stammguts-Bestande sind in den Grundacten und Hypothekenbüchern zu vermerken“.

[231]) Großherzoglich Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 6: „Zur Errichtung eines Fideicommisses wird erfordert: 1) die in einer gerichtlichen oder gerichtlich beglaubigten Urkunde oder in einem schriftlichen Testamente ausgesprochene Willenserklärung des Stifters; 2) die darauf hin ertheilte landesherrliche Erlaubniß, das also beabsichtigte Fideicommiß, vorbehältlich der Wahrung der gesetzlichen Vorschriften und Formen errichten zu dürfen; 3) die Beurkundung durch das zuständige Stadt- oder Landgericht, in der Provinz Rheinhessen durch das Bezirksgericht, daß der Errichtung des Fideicommisses in rechtlicher Beziehung nichts im Wege stehe. Zuständig sind die Gerichte, in deren Gerichtsbezirke das betreffende Grundvermögen gelegen ist. Wenn dasselbe in mehreren Gerichtsbezirken liegt, so ist dasjenige Gericht mit der Leitung des Verfahrens beauftragt, in dessen Bezirke der größte Theil des Grundvermögens nach Maßgabe des Steuerkapitals sich befindet. Ist das Vermögen in gleichem Maße in mehreren Gerichtsbezirken gelegen, so hat der Betreibende unter den verschiedenen Gerichten die Wahl; 4) die landesherrliche Bestätigung.“ Dieselben Förmlichkeiten sind bei der Vergrößerung oder Ergänzung eines Fideicommisses zu beobachten: Art. 8.

[232]) Ges. vom 13. September 1858 Art. 11.

ganz oder zum Theil aus Grundstücken bestehen. Das Recht am Familienfideicommiß stellt sich, wie später eingehender gezeigt werden soll, als ein, freilich durch das Veräußerungsverbot beschränktes, Eigenthumsrecht des einzelnen Inhabers an dem damit belegten Gute dar. Weder die Natur des Rechts als Eigenthum noch die Beschränkung desselben bedingt nach gemeinem Recht eine Intabulation.

Anders freilich nach den Particularrechten, welche das Princip der gerichtlichen Auflassung wieder zur Geltung gebracht haben[1]). Ist hier dasselbe consequent durchgeführt, so bedarf es zur Begründung eines jeden dinglichen Rechts der Eintragung in das Grundbuch. Diese ist sogar die Quelle von jenem[2]), und hat nicht nur die Bedeutung einer dasselbe bezeugenden Form. Daraus folgt, daß auch das Recht des Fideicommißbesitzers nicht ohne die Intabulation, ohne die Eintragung des Erwerbungsgeschäfts, d. h. der Fideicommißstiftung, in das Grundbuch entstehen kann. Eben so wenig ist aber das eventuelle Recht der Agnaten auf Succession, und somit der Bestand des Familienfideicommisses dinglich gesichert ohne die Eintragung, mag nun, je nach der Verschiedenheit der particularen Rechtssysteme, das Recht der Agnaten eben als eventuelles Successionsrecht oder als Obereigenthum der zum Fideicommiß berufenen Familie aufgefaßt werden. Ohne die Eintragung würde den successionsberechtigten Agnaten nur ein persönliches Recht auf Ueberlassung des Fideicommisses gegen den Vorbesitzer oder besser dessen nicht successionsberechtigte Erben zustehen. Jene verschiedene Auffassung des Rechts der Agnaten ist indeß für die Eintragung in so fern von Einfluß, als wenn die zum Fideicommiß berufene Familie als Obereigenthümerin angesehen wird, dieselbe als solche ausdrücklich im Hypothekenbuch aufgeführt werden muß, wogegen wenn das Recht der Agnaten nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt, es einer derartigen besonderen Eintragung gar nicht bedarf, vielmehr die Rechte derselben bereits durch die Erwähnung des Titels des jeweiligen Besitzers, nämlich der Fideicommißstiftung, und somit der Fideicommißqualität des Guts hinlänglich gesichert sind.

Diese hier betrachtete Bedeutung hat die Eintragung in Oesterreich erhalten. Hier wurde dieselbe schon frühzeitig verlangt, nämlich durch das Gesetz vom 2. October 1674[3]), welches verordnete, daß die Fideicommißstiftungsurkunden „in den Grundbüchern oder anderen gebührlichen Orten zur Vormerkung gebracht werden“ sollten. Wenngleich nun hiervon die Begründung des Rechts des Fideicommißbesitzers nicht ausdrücklich abhängig gemacht wird, so kam man doch dem Resultat nach auf dasselbe heraus, indem bestimmt wurde, daß bis der Anordnung Genüge geleistet, die Besitzübertragung (Einantwortung)

---

[1]) So auch Eichhorn, Einleitung § 368 N. III, 2. Beseler, System § 176 N. I c.

[2]) Vgl. Oesterr. A. B. G. B. § 431. [3]) Codex Austriacus I p. 336.

verweigert werden sollte. Dieser Grundsatz galt auch in der Folgezeit. Die sämmtlichen späteren Landtafel-Patente enthalten die Vorschrift, die Fideicommisse vorzumerken und zwar bei Strafe des Verlustes des Genusses zu Gunsten des nächsten Anwärters [4]). Principiell ausgesprochen hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Satz, daß der Erwerb des Eigenthums durch die Eintragung bedingt sei, zwar nicht direct mit Rücksicht auf die Familienfideicommisse, aber doch für das getheilte Eigenthum [5]), worunter nach der Auffassung des Gesetzbuchs auch das Fideicommiß-Eigenthum zu begreifen ist. Natürlich ist hier nicht nur der jedesmalige Fideicommißbesitzer, und zwar als Untereigenthümer, einzutragen, sondern auch die zum Fideicommiß berufene Familie, als Obereigenthümerin.

Dieselben Grundsätze müssen zur Anwendung gebracht werden im Gebiet der Mecklenburgischen Stadtbuchordnung vom 22. December 1829, wenn einmal ein städtisches Grundstück zum Familienfideicommiß gewidmet sein sollte, wofür allerdings in Mecklenburg kein Hinderniß besteht. Ebenso nach (königlich) sächsischem Recht. Die Mecklenburgische Stadtbuchordnung läßt nämlich nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch Eigenthum erworben werden [6]). Und dasselbe gilt für das (königlich) sächsische Recht, nach dem Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6. November 1843 freilich nur in Betreff des s. g. bürgerlichen Eigenthums, indem der Usucapionsbesitz, das s. g. natürliche Eigenthum, welches die Eintragung nicht zur Voraussetzung hat noch neben jenem anerkannt wurde [7]), nach dem neuen Sächsischen Gesetzbuch vom 2. Janur 1863 [8]), jedoch ganz allgemein, indem dieses den Begriff des natürlichen Eigenthums aufgegeben hat. Nach diesen Rechten ist, da sie ein getheiltes Eigenthum bei Familienfideicommissen nicht anerkennen, nur der jedesmalige Besitzer nicht zugleich die berechtigte Familie in das Grundbuch einzutragen. Demgemäß verlangte das Sächsische Gesetz vom 6. November 1843 im § 15 N. 2 die Annotation des Fideicommisses unter der ersten Rubrik des Grund- und Hypothekenbuchs. Dies ist auch in der neuesten Zeit festgehalten. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 2530: „Ist der Gegenstand der Fa-

---

[4]) Z. B. Landtafel-Patent für Oesterreich ob der Ens vom 3. October 1754 § 13 f. Landtafel-Patent für den Breisgau vom 10. August 1783 § 20, für das Innviertel vom 10. Januar 1791 § 21. S. darüber Wildner, Fideicommiß-Recht S. 122 f.

[5]) A. B. G. B. § 1126: „Das getheilte Eigenthum einer unbeweglichen Sache kann eben so wenig als das vollständige ohne Einverleibung in die Bücher oder Register erworben werden. Ein gültiger Titel gründet nur ein persönliches Recht gegen die verbundene Person, aber kein dingliches Recht gegen einen Dritten".

[6]) Mecklenburgische Stadtbuchordnung § 7—15.

[7]) Vgl. Beseler, System § 90 Note 27; vgl. S. 336 f.

[8]) B. G. B. § 276 ff.

milienanwartschaft ein Grundstück, so ist die Eigenschaft desselben, als eines Gegenstandes der Familienanwartschaft, in das Grundbuch einzutragen". Und ebenso schreibt die (königlich) Sächsische Verordnung, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreffend, vom 9. Januar 1865 im § 114 vor, daß das Folium eines Grund- und Hypothekenbuchs enthalten müsse nicht nur den Namen des Eigenthümers, sondern unter anderen auch den Rechtsgrund zum Eigenthume und „die besondere rechtliche Eigenschaft des Grundstücks, welche eine Beschränkung des jedesmaligen Eigenthümers in der freien Verfügung zur Folge hat, wie die Lehnseigenschaft, die Eigenschaft einer Familienantwartschaft". Und zwar ist für diese Eintragung bestimmt die erste Rubrik des Grundbuchs [9]), welche die Beschreibung des Guts enthalten soll [10]).

Die Particularrechte freilich, welche das Eigenthum nicht erst durch Eintragung in das Grundbuch, sondern durch die gewöhnlichen civilrechtlichen Erwerbsarten entstehen lassen, können auch die Entstehung des Rechts des einzelnen Fideicommißbesitzers und der Fideicommißqualität überhaupt nicht von der vorangegangenen Intabulation abhängig machen. Wie aber solche Particularrechte zuweilen mit Rücksicht auf den Realcredit und die Sicherheit des Verkehrs mit Immobilien entweder für den Eigenthümer eines Grundstücks eine Zwangspflicht aufstellen [11]), den Besitztitel zu reguliren, oft auch die Befugniß über jenes unter Mitwirkung des Gerichts zu disponiren, durch die vorangegangene Eintragung bedingen lassen [12]), so schreiben auch manche vor, daß die Fideicommißqualität eines Guts im Hypothekenbuch vermerkt werde [13]).

---

[9]) Verordn. vom 9. Januar 1865 § 124 N. 5.

[10]) Verordn. vom 9. Januar 1865 § 123.

[11]) Preuß. Hypotheken-Ordn. vom 20. December 1783 § 41 ff. Tit. I. § 49 ff. Tit. II. § 12 f. Pr. A. L. R. I, 10. Mecklenburgische revidirte ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 18. October 1848 § 9.

[12]) §§ 6—9 Pr. A. L. R. I, 10. Badisches Landrecht § 1583a. Bayerische Hypothekenges. vom 1. Juni 1822 §§ 25. 26. 129 ff. Württembergisches Pfandges. vom 25. April 1825 Art. 57. Großherzogl. Sächsisches Ges. über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken vom 27. Mai 1839 §§ 14. 238. Mecklenburgische revid. ritterschaftl. Hypothekenordn. vom 18. October 1848 § 9.

[13]) § 64 Pr. A. L. R. II, 4: „Dieser (scil. der Richter der belegenen Sache) muß von Amtswegen dafür sorgen, daß das Fideicommiß auf das dazu gewidmete Grundstück in das Hypothekenbuch eingetragen werde". § 65: „Auch die zur Zeit der Errichtung des Fideicommisses vorhandenen bekannten Familienglieder, welche dazu mit berufen sind, müssen ihre Namen und die Art ihrer Verwandtschaft mit dem Stifter im Hypothekenbuche vermerken lassen". Badisches Landrecht Art. 577 cb.: „Nur liegenschaftliches Vermögen aller Art kann Stammgut werden, und nur unter dem Beding, daß seine Stammgutseigenschaft in der Landtafel eingetragen werde, nämlich in demjenigen Buch, welches von der Staatsbehörde über den Erwerb und die Veräußerung oder Verpfändung der kanzleisässigen Liegenschaften geführt werden soll". Bayerisches Edict über die Familienfideicommisse § 30 (s. o.

Allein die Bedeutung einer derartigen Eintragung ist durchaus von der verschieden, welche dieselbe bei der zuerst genannten Classe von Particularrechten hatte. Bei diesen hängt die Existenz der Fideicommißqualität von der Eintragung ab, dort ist dies keineswegs der Fall. Die Fideicommißeigenschaft besteht auch ohne Intabulation. Die letztere kann nur als eine Veröffentlichung der ersteren angesehen werden, und aus der Anordnung einer solchen läßt sich nur schließen, daß, nach dem Wesen der modernen Hypothekenbücher, die nicht eingetragene Fideicommißqualität eines Guts Niemandem entgegengesetzt werden darf, der auf den Inhalt des Hypothekenbuchs hin irgend ein Rechtsgeschäft über jenes abgeschlossen hat.

Es ist daher ganz correct, wenn mehrere der zu dieser Categorie gehörenden Gesetze ausdrücklich anordnen, daß die Fideicommißqualität in der für die Eintragung der dinglichen Lasten bestimmten Rubrik vermerkt werden soll. So das Bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 [14]), das Sachsen-

---

§ 6 Note 201). Sachsen-Weimarisches Ges. über die bei Errichtung von Fideicommissen zu beobachtende Form vom 22. April 1833 § 7: „Die Wirksamkeit des Fideicommisses gegen Dritte setzt nothwendig die Eintragung in das Hypothekenbuch voraus und beginnt mit dem Zeitpunkte, wo solche Statt gefunden hat. Zu diesem Zweck muß die Urkunde, durch welche das Fideicommiß oder die Stiftung errichtet wird, nebst einem genauen Verzeichnisse der Gegenstände, welche den Charakter der Unveräußerlichkeit erhalten sollen, ingleichen die landesherrliche Genehmigung dem Richter überreicht werden, in dessen Bereiche die unbeweglichen Stiftungsgüter selbst oder die Grundstücke belegen sind, auf welchen die Stiftungs-Kapitale, Erbzinsen, Gefälle u. s. w. haften". Hannöversches Ges. über die Errichtung von Familienfideicommissen vom 13. Apr. 1836 § 36: — „In Beziehung auf die Rechte dritter Personen ist zur Wirksamkeit der errichteten Majorate auch die Eintragung derselben in die betreffenden Hypothekenbücher oder in die statt dieser Bücher vorhandenen Acten erforderlich. Sachsen-Weimarisches Ges. über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken vom 27. Mai 1839 § 292: „Wird von einem Betheiligten die Vormerkung eines Fideicommisses beantragt und die gültige Errichtung desselben urkundlich dargethan: so hat die Unterpfandsbehörde den fideicommissarischen Nexus bei den demselben unterworfenen Immobilien im Hypotheken-Buche vorzumerken". Mecklenburgische revid. ritterschaftl. Hypothekenordnung § 6. Braunschweigisches Ges. v. 20. Mai 1858 § 1 (s. o. § 6 Note 230). Großherzoglich Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 7: „Die Errichtung eines Fideicommisses erlangt gegen Dritte erst dadurch Wirkung, daß es auf Grund der Landesherrlichen Bestätigung in dem Grundbuche der Gemeinde, in deren Gemarkung das Grundeigenthum liegt, oder wenn solches zu mehreren Gemarkungen gehört, in den betreffenden Grundbüchern eingetragen worden ist."

[14]) § 131: „Steht die Sache im Lehen- oder Grundbarkeitsverbande, oder gehört dieselbe zu einem Familien-Fideicommisse, so muß dieses Verhältniß ausdrücklich bemerkt werden"; und zwar nach § 129 ff. in der ersten Rubrik des Hypothekenbuchs, in welcher eingetragen wird: „Die Sache, worauf Hypotheken eingetragen werden können, nebst den darauf haftenden besonderen Reallasten" (§ 129).

Weimarische Gesetz vom 27. Mai 1839 [15]) und die Mecklenburgische revidirte ritterschaftliche Hypothekenordnung vom 18. October 1848 [16]).

Der Eintragungsvermerk braucht nicht die ganze Fideicommißurkunde zu enthalten [17]), doch darf auch nicht nur kurzweg in demselben angegeben werden, daß das Gut mit der Fideicommißqualität behaftet sei, sondern es müssen auch die Personen resp. die eine oder mehreren Familien genannt sein, zu deren Gunsten das Fideicommiß errichtet ist [18]). Diese nähere Bezeichnung des Fideicommisses ist nothwendig, mag die Eintragung die Existenz des Fideicommisses bedingen oder lediglich die Bedeutung einer Veröffentlichung der Fideicommißqualität haben, im letzteren Falle allerdings nur, um dem Fideicommiß-Anwärter die Verfolgung seines Rechts auf das Gut auch gegen dritte Personen zu ermöglichen, im ersteren außerdem noch, um seinem Successionsrecht auch dem Vorbesitzer und dessen nicht successionsfähigen Erben gegenüber den Charakter eines dinglichen zu geben [19]).

Der Antrag auf Eintragung der Fideicommißqualität in das Hypotheken-

[15]) §§ 292. 293. Nach diesem letzteren §, der auf die über Eintragung der Lehnsqualität eines Guts getroffenen Bestimmungen (§§ 287—291) verweist, müssen (vgl. § 289) die Ansprüche der Successionsberechtigten angemeldet werden.

[16]) § 6: „Endlich ist die Gutsbeschreibung eröffnet für: 1) diejenigen Dienstbarkeiten römischen und deutschen Rechts, welche auf dem Gute ruhen oder auf dasselbe gelegt werden; 2) die dauernden Beschränkungen der Verschuldbarkeit".

[17]) Das Braunschweigische Ges. vom 20. Mai 1858 § 1 fordert jedoch, daß die Stiftungsurkunde in die Grundacten aufgenommen werde.

[18]) § 65 Pr. A. L. R. II, 4. Hier wird vorgeschrieben, daß die sämmtlichen Familienglieder namentlich im Hypothekenbuch aufgeführt werden, was ohne derartige ausdrückliche Vorschrift nicht gefordert werden kann. Das Landrecht hat ferner noch besondere Bestimmungen gegeben, um diese Verzeichnisse möglichst vollständig zu erhalten. Es heißt nämlich a. a. O. § 66: „Ist nach dem Inhalte der Stiftungsurkunde zu vermuthen, daß noch unbekannte Theilnehmer vorhanden sein möchten: so muß der Richter dieselben zur Anmeldung ihrer Gerechtsame, zum Behufe der Eintragung, öffentlich auffordern". § 67: „Auch in der Folge, wenn neue Familienglieder entstehen, sind dieselben, sobald sie aus der väterlichen Gewalt kommen und eine abgesonderte Wirthschaft anfangen, sich in der Eigenschaft, als Anwarter zum Fideicommiß, im Hypothekenbuche vermerken zu lassen schuldig".

[19]) Ganz positiv sind die Bestimmungen des Preußischen Landrechts: § 68 II, 4: „Nur die aus dem Hypothekenbuche bekannten Familienglieder ist der Richter bei Verhandlungen über das Fideicommiß zuzuziehen verbunden". § 69: „Diejenigen, welche sich zur Eintragung nicht gemeldet haben, müssen sich alles, was mit den Eingetragenen gerichtlich verhandelt, und von diesen beschlossen worden, ohne alle Widerrede gefallen lassen". § 70: „In allen Fällen, wo ein nicht eingetragenes Mitglied seinen Anspruch auf das Fideicommiß durch eine besondere Legitimation nachweisen muß, ist dasselbe schuldig, auch wenn es in der Hauptsache ein obsiegliches Urtheil erhält, alle durch diese Legitimationsführung verursachten Kosten zu tragen".

buch muß nach den Rechten, welche durch dieselbe erst das Recht an dem Gut entstehen lassen, von dem zuerst zum Genuß des Fideicommisses Berufenen ausgehen. In gleicher Weise hat aber auch jedes Mitglied der berechtigten Familie die Befugniß ebenfalls die Intabulation zu veranlassen, und zwar eben so wohl nach den Gesetzen, welche der Familie das Obereigenthum am Fideicommiß zusprechen, als nach solchen, welche das Recht derselben lediglich in das zu ihren Gunsten geltende und durch die Eintragung für sie dinglich gesicherte Veräußerungsverbot setzen. Hat die Eintragung nicht die Bedeutung, das Recht erst hervorzubringen, so ist es den Agnaten überlassen, dieselbe herbeizuführen. Ist ein besonderer Fideicommiß-Curator durch den Stifter angeordnet, so liegt diesem die Beantragung der Intabulation ob, und ebenso dem etwa ernannten Testaments-Vollstrecker bei einem durch letztwillige Verfügung gestifteten Familienfideicommisse. Soll das Fideicommiß bei Lebzeiten des Stifters in Kraft treten, so hat dieser seine Einwilligung zur Eintragung zu geben, wenn er dieselbe nicht selbst beantragt, soll jenes jedoch erst nach dem Tode des Stifters geschehen, so bedarf es, wenn die Anordnung des Fideicommisses sich als ein Vermächtniß darstellt, der Genehmigung des Erben, wenn dagegen als Erbeseinsetzung, so kann von der Einwilligung irgend einer Person nicht die Rede sein, und es muß von dem die Eintragung verlangenden Erben nur das Erbrecht nachgewiesen werden. In allen Fällen jedoch wo der Antrag zur Intabulation von den Fideicommißanwärtern ausgeht, muß die Einwilligung des Fideicommißbesitzers, dessen Besitztitel zwar berichtigt, der aber nicht als Fideicommißbesitzer eingetragen ist, beigebracht, nöthigenfalls durch eine Klage erzwungen werden[20]). Das preußische Recht[21]) und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse[22]) stellen es als eine Pflicht des competenten Richters auf, die Eintragung der Fideicommißqualität, wenn die Erfordernisse für die Existenz eines Familienfideicommisses vorliegen, zu veranlassen.

Die Kosten der Intabulation dürfen, wenn dies der Stifter nicht ausdrücklich angeordnet hat, nicht dem jeweiligen Fideicommißbesitzer zur Last gelegt werden, eben so wenig aber dem sonstigen jene beantragenden Interessenten. Da nämlich die Eintragung der Fideicommißqualität zur Aufrechterhaltung

---

[20]) Vgl. Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 125. Beseler, System § 91 N. VI.

[21]) § 64 A. L. R. II, 4. An Stelle des hier genannten Richters der belegenen Sache tritt nach dem Gesetz, die Kompetenz der Gerichtsbehörden in Familien-Fideicommißsachen betreffend, vom 5. März 1855 das Appellationsgericht des Bezirks, in welchem das Fideicommißgut belegen ist. § 3 des Gesetzes bestimmt: — „Die Fideicommißbehörde (§ 1 — das ist eben das Appellationsgericht des Bezirks —) hat — wegen Eintragung des Fideicommisses beim Hypothekenbuch das nach den bestehenden Gesetzen Erforderliche von Amts wegen zu erlassen".

[22]) Edict § 30.

des Fideicommisses nothwendig ist, so erscheinen die Kosten als impensae necessariae und sind daher aus der Substanz des Vermögens zu entnehmen.

Wenn wir schließlich noch auf die Frage eingehen wollen, ob der Eintragung der Fideicommißqualität eine selbständige Bedeutung, unabhängig von einem vorhergegangenen gültigen Stiftungsact, beizulegen, oder aber dieselbe ohne letzteren, wo sie also auf einem Irrthum beruht, wirkungslos sei, so müssen wir dabei die beiden oben bereits berührten Grundanschauungen, welche sich in der modernen Gesetzgebung über Grund- und Hypothekenbücher geltend gemacht haben, unterscheiden.

Hat die Intabulation die Bedeutung, daß dadurch, und zwar einzig und allein dadurch, Eigenthum erworben wird, so wird einem Gut durch die Eintragung die Qualität eines Fideicommißguts auch wirklich beigelegt, ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung auf den wirklichen Willen eines Stifters zurückgeführt werden kann oder nicht. Hat also die Grundbuch-Behörde auf den Antrag gewisser Personen die Fideicommißeigenschaft eines Gutes eingetragen, indem sie die Disposition eines Eigenthümers fälschlicher Weise für eine Fideicommißstiftung nahm, so kann ein Jeder diese Fideicommißqualität geltend machen, so lange sie nicht im Grundbuch gelöscht ist[23]). Dieser Schluß läßt sich für das österreichische Recht unbedenklich ziehen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch § 444: — „Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen — wird nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben". Und in gleicher Weise für das Recht des Königreichs Sachsen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch § 278: „Ist die Eintragung in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen, so ist der eine Betheiligte gegen den anderen berechtigt, die Löschung der Eintragung zu verlangen. Sind Dritte später als Eigenthümer eingetragen worden, so kann eine Löschung ihrer Eintragung nur verlangt werden, wenn sie zur Zeit derselben von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes der früheren Eintragung Kenntniß hatten". Die angeblichen Fideicommiß-Interessenten (soweit sie bei einem wirklichen Fideicommiß anfechtungsberechtigt wären) haben also die Befugniß, zufolge der im Grundbuch vermerkten Fideicommißqualität eines Gutes dasselbe von jedem Besitzer, auf den es durch eine Veräußerung gelangt, zurückzufordern, selbst in dem Fall, daß dem Erwerber die Unrichtigkeit der Eintragung bei der Erwerbung bekannt war. Ohne besondere gesetzliche Bestimmungen könnte diesem auch dadurch nicht geholfen werden, daß der Veräußerer die Löschung der Fideicommißqualität gleich nach geschehener Besitzübertragung bei der Buchbehörde beantragte, denn selbst wenn diesem Antrag stattgegeben würde, so könnte doch die Löschung nicht auf die Zeit des Erwerbes des Gutes zurückbezogen und dieser dadurch gültig werden. Ja

[23]) Vgl. Gutachten der Berliner Juristen-Facultät bei Oldenhove, die vermeintliche Fideicommiß-Qualität des Landguts Boneborg Anl. II S. 11 ff.

selbst der Löschung würden in Ermangelung hierauf bezüglicher gesetzlicher Vorschriften erhebliche Schwierigkeiten im Wege stehen. Sicher ist nämlich die Buchbehörde nicht berechtigt, jene auf den Antrag des zeitigen Besitzers vorzunehmen, selbst nicht mit Einwilligung sämmtlicher vorhandener Agnaten, wo nicht nach den Regeln des Particularrechts auf diese Weise auch der Fideicommißverband aufgelöst werden kann. Vielmehr würde die Löschung immer nur nach einem hierauf gerichteten richterlichen Urtheil erfolgen können. Allein da fragt es sich, gegen wen die Klage auf Löschung anzustellen sei, damit wirklich auf Löschung erkannt werden könne, da das Urtheil nur inter partes gilt. Demgemäß könnte nur dann auf Löschung erkannt werden, wenn der Proceß sich gegen sämmtliche Interessenten gerichtet hätte. Zu diesen gehören aber nicht nur alle lebenden Agnaten, sondern auch die in Zukunft Geborenen, welche letztere als Beklagte nicht in Anspruch genommen werden können und deren Vertretung durch einen Curator ohne besondere particularrechtliche Normen nicht statthaft ist. Man wird daher in solchem Fall die durch die Eintragung der Fideicommißqualität Benachtheiligten lediglich auf den ihnen gegen die Buchbehörde zustehenden Regreß verweisen müssen.

Ganz anders ist die Frage nach den Particularrechten zu beantworten, nach denen die Eintragung der Fideicommißqualität lediglich die Bedeutung einer Bekanntmachung derselben hat. Hier hängt die Wirkung jener davon ab, ob ihr ein gültiger Titel zu Grunde liegt. Sie ist also bedeutungslos, wenn sie auf einem Irrthum der Buchbehörde beruht. Die im Grundbuch vermerkte Fideicommiß-Qualität eines Guts kann daher Niemandem entgegengesetzt werden, der ohne Rücksicht auf jene über dieses Rechtsgeschäfte abgeschlossen, dasselbe also z. B. durch Kauf erworben hat, wenn nicht das Gut in Wahrheit durch eine gültige Disposition des Eigenthümers zu einem Familienfideicommiß bestimmt ist, und demnach die Eintragung mit dem Willen des Stifters übereinstimmt. Das Geschäft besteht vielmehr in solchem Falle vollkommen zu Recht, die angeblichen Fideicommißinteressenten können dasselbe auf Grund des im Hypothekenbuch enthaltenen Veräußerungsverbotes nicht als nichtig behandeln, das verkaufte Gut also etwa von dem Erwerber desselben vindiciren. Hierbei kommt es auch nicht darauf an, ob dem dritten Contrahenten die wahre Qualität des Gutes, also das Irrthümliche der Eintragung zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts bekannt war oder nicht, denn Niemandem kann ein Veräußerungsverbot entgegengesetzt werden, welches in Wahrheit gar nicht existirt. Eben so wenig kann natürlich jene lediglich im Hypothekenbuch ausgedrückte Fideicommiß-Qualität des Guts dem Besitzer desselben entgegengesetzt werden, um ihn an Dispositionen über dasselbe zu hindern. Diese Ansicht wird durch eine constante Praxis des Berliner Ober-Tribunals[24]) bestätigt, und auch in dem schon öfter angeführten Gutachten

[24]) So Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 11. April 1851 (Striethorst,

der Berliner Juristen-Facultät über die Fideicommiß-Qualität des Guts Boneborg ist dieselbe ausgesprochen[25]).

§ 8.

Zulässigkeit und Einfluß von condicio, dies, modus.

Wie die meisten Rechtsgeschäfte, so lassen auch Fideicommißstiftungen Nebenbestimmungen zu, und zwar sowohl condicio als dies. Rücksichtlich der ersteren ist zu bemerken, daß an dieser Stelle natürlich nur von solchen Bedingungen die Rede sein kann, durch welche die Existenz des Fideicommisses selbst in's Ungewisse gestellt, und von deren Eintreten resp. Nichteintreten abhängig gemacht wird, wogegen die Bedingungen nicht in Betracht kommen, welche für den Erwerb des bereits begründeten Fideicommisses durch eine bestimmte Person gesetzt sind. Zwar ist der Kreis derartiger Bedingungen, die bei Familienfideicommissen überhaupt denkbar sind, ein enger, allein die Möglichkeit solcher ist außer Zweifel und gesetzlich auch durch das Bayerische Landrecht anerkannt[1]). Dies gilt im Allgemeinen sowohl von Suspensiv- als Resolutivbedingungen, und von condiciones casuales, wie potestativae, und nur potestative Resolutivbedingungen dürften auszuschließen sein, da es mit der Natur des Familienfideicommisses sich schlecht verträgt, die Existenz desselben von dem Willen eines einzelnen Besitzers abhängig zu machen. Das Beispiel einer bedingten Fideicommißerrichtung, und zwar einer Suspensivbedingung findet sich im Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse. Hier heißt es nämlich im § 10: „Kann ein Fideicommiß auf das dazu bestimmte Vermögen nicht sogleich gegründet werden, so ist die Disposition gültig, wenn dasselbe aus dem Vermögen entweder für sich selbst, oder mittelst der inzwischen anfallenden und als Capital anzulegenden Früchte und Zinsen längstens in 20 Jahren hergestellt werden kann. Bis zur Erfüllung dieser Bedingung soll ein solches Vermögen gleich dem Vermögen der Minderjährigen unter Aufsicht des zuständigen Gerichtes verwaltet, das baare Geld gegen hypothecarische Sicherheit verzinslich angelegt und von dem Appellations-Gerichte, bei welchem diese

Archiv für Rechtsfälle II N. 14 S. 79) und in den Gründen eines Erkenntnisses vom 4. October 1854 (Striethorst, Archiv XV N. 14 S. 68 f.). S. auch Koch, Kommentar zum preußischen Landrecht Th. II Bd. 1 Abth. 1 (3. Ausg. 1862) S. 452 Anm. 10.

[25]) A. a. O. S. 11 f.

[1]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 4: „Mit Bedingnussen und anderen dergleichen Zusätzen hat es 1mo. bey Fideicommissis conventionalibus die nemliche Beschaffenheit, wie bey anderen sub Conditione, Die, Modo etc. getroffenen Pactis et Actibus inter Vivos. Falls aber 2do. das Fideicommiss per Modum ultimae Voluntatis gemacht ist, so wird es mit obverstandenen Bedingnussen und Zusätzen, wie bey Fideicommissis Vulgaribus in cap. 9 § 5 gehalten". Dieses C. 9 § 5 schreibt aber in N. 1 vor, daß es in Betreff jener Nebenbestimmungen „bey Fideicommissen die nemliche Beschaffenheit, wie bey Testamenten" hat.

Disposition in die Fideicommiß-Matrikel einzutragen ist, dafür gesorgt werden, daß innerhalb der vorbemerkten 20 Jahre das Fideicommiß durch Ankauf eines dazu geeigneten Vermögens oder durch dessen Freymachung von Lasten und Schulden vollkommen gegründet werde" [2]). Weitere Beispiele hier denkbarer Suspensivbedingungen wären folgende. Der Stifter errichtet ein Fideicommiß lediglich auf den Fall seines kinderlosen Todes zu Gunsten der Familie eines Verwandten oder irgend einer anderen Familie oder umgekehrt für seine erst in Zukunft zu erwartende männliche Descendenz, oder unter der Bedingung, daß das Haupt der bedachten Familie eine bestimmte erbliche Würde, etwa ein Hofamt, oder auch den Adel erwerbe [3]). Als Beispiel einer Resolutivbedingung mag Folgendes dienen. Der Stifter, welcher lediglich in der Absicht ein Familienfideicommiß gegründet hat, damit seiner Familie ein erblicher Sitz in der Pairs-Kammer seines Landes zu Theil werde, fügt der Stiftung die Clausel hinzu, daß das Fideicommiß erlösche, sobald durch eine Verfassungsänderung die Pairs-Kammer überhaupt oder die Erblichkeit der Pairs-Stellen beseitigt werden sollte.

In Betreff des Wesens solcher Bedingungen sind natürlich die Grundsätze des Civilrechts maßgebend. Demgemäß sind auch unmögliche und schimpfliche Bedingungen unzulässig. Rücksichtlich der Wirkung der Hinzufügung einer solchen ist zwischen den auf Testamenten und Contracten, welchen letzteren in dieser Hinsicht unbedenklich die einseitigen Rechtsgeschäfte unter Lebenden gleichzustellen sind [4]), beruhenden Fideicommissen zu unterscheiden, und danach im ersten Fall die Bedingung als nicht hinzugefügt, im zweiten dagegen die ganze Stiftung für ungültig zu halten, wie ja auch bei Erbverträgen regelmäßig die für Verträge geltenden Grundsätze maßgebend sind [5]). Dies ist auch die Ansicht der älteren Juristen, so von Molina [6]), Knipschildt [7]), Kreittmayr [8]), und ebenso sind verschiedene Wirkungen bei letztwillig und contractlich errichteten Fideicommissen nach dem Bayerischen Landrecht anzu-

[2]) Vgl. Edict § 45: „Durch Willenserklärung des Constituenten kann dem Besitzer des Fideicommisses der Genuß gänzlich auf nicht länger als zwanzig Jahre entzogen, und nach diesem Zeitraume vom Constituenten nicht weiter beschränkt oder belastet werden, als so, daß dem Besitzer der volle Genuß des zur Gründung des Fideicommisses erforderlichen Vermögens (§ 2) unbeschwert bleibe".

[3]) Demgemäß ist auch nach den Particularrechten, welche Familienfideicommisse nur zu Gunsten von adeligen Familien errichten lassen, eine solche Disposition zu Gunsten eines Nichtadeligen, unter der Bedingung, daß derselbe den Adel erwerbe, gültig.

[4]) Vgl. Puchta, Pandekten § 60. [5]) Beseler, System § 159 N. IV.

[6]) De Hispan. primog. II c. 12 n. 35—41. Molina unterscheidet jedoch auch hier, wie gewöhnlich, contractus revocabiles und irrevocabiles, und läßt bei den ersteren dieselben Wirkungen, wie bei letztwilligen Verfügungen eintreten: n. 40.

[7]) De fideicommissis famil. VI n. 259 sq.

[8]) Anmerkungen III C. 10 § 4.

nehmen, denn, wenn die Behandlung der Bedingungen überhaupt bei den ersteren nach der bei Testamenten üblichen, bei den letzteren dagegen nach der bei Verträgen zur Anwendung kommenden sich richten soll, so muß diese Unterscheidung auch für den hier in Rede stehenden Punkt maßgebend sein[9]). Anders liegt die Sache nach den Particularrechten, welche die Bedingungen bei Erbverträgen nach den bei Testamenten geltenden Grundsätzen behandeln, wie das Preußische Landrecht[10]) und das Sächsische Gesetzbuch[11]), indem diese Behandlungsweise auch den durch Erbvertrag errichteten Familienfideicommissen zu Theil wird. Wogegen es nach dem österreichischen Recht, soweit hiernach Erbverträge überhaupt zulässig sind, bei der für das gemeine Recht aufgestellten Regel bleibt[12]).

Auch über die Erfüllung der Bedingung gelten bei Familienfideicommissen die gewöhnlichen Regeln.

Die Wirkung der erfüllten Bedingung für die Existenz des Fideicommisses anlangend, so ist zu unterscheiden, ob dieses durch Testament, durch Vertrag oder durch einseitige Disposition unter Lebenden gegründet ist. Im ersten Falle hat die erst nach dem Tode des Stifters erfüllte Suspensivbedingung in so fern rückwirkende Kraft als dadurch eine vom Erben inzwischen vorgenommene Veräußerung ungültig wird. Dies ergiebt sich daraus, daß dem Erben gegenüber das Familienfideicommiß hier stets, und zwar ohne Unterschied, ob das Fideicommiß zugleich zu seinen Gunsten gestiftet ist, oder nicht, als Vermächtniß erscheint[13]), bei einem bedingten Vermächtniß aber die durch den Erben vorgenommene Veräußerung von Gegenständen, die zu jenem gehören, condicione existente als nichtig angesehen wird[14]). Ganz ebenso liegt die Sache bei einem vertragsmäßig errichteten Fideicommiß. Hier stehen Forderungsberechtigter und Verpflichteter einander gegenüber, deren ersterer zwar pendente condicione Erfüllung des Versprochenen, also Inslebentreten des Fideicommisses nicht fordern kann, wohl aber impleta condicione, und zwar ganz in derselben Weise, als wenn er schon vorher Gläubiger gewesen[15]), so daß er eine Schmälerung seines Anspruchs, welche durch eine Handlung des anderen Contrahenten erfolgt ist, nicht anzuerkennen braucht, diese also als nicht geschehen gilt. Daraus folgt, daß bei einem vertragsmäßig errichteten Fideicommiß eine durch einen der Stifter erfolgte Veräußerung bei dem Eintreten der Bedingung von dem oder den anderen Contrahenten angefochten werden darf. Dagegen kann bei einem durch einseitige Disposition unter Lebenden gegründeten Fideicommiß von Retrotraction der noch bei Lebzeiten

---

9) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 4 N. 1 u. 2. C. 9 § 5 N. 1 (s. o. Note 1).

10) § 647 A. L. R. I, 12. 11) B. G. B. § 2549.

12) Vgl. Oesterr. A. B. G. B. § 1251. 13) S. oben S. 112.

14) L. 69 § 1 De legat. I (30). L. 3 § 3 C. Comm. de legat. (6, 43).

15) L. 42 pr. De O. et A. (44, 7). L. 8 pr. De peric. et commod. (18, 6).

des Stifters erfüllten Bedingung nicht die Rede sein, da es, wie wir später sehen werden, dem Stifter hierbei stets freisteht, ein Fideicommiß, welches nicht schon in's Leben getreten, wieder aufzuheben. Diese Aufhebung kann ausdrücklich und stillschweigend für den ganzen Bestand des Fideicommisses, wie theilweise geschehen. Eine solche stillschweigende Aufhebung des Fideicommisses liegt aber in der Seitens des Stifters erfolgten Veräußerung der zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände. Veräußert er diese sämmtlich, so ist das für einen vollständigen Widerruf der Stiftung anzusehen, veräußert er nur einige derselben, so gilt das als Schmälerung des Fideicommiß-Bestandes. Daraus folgt aber, daß weder in dem einen, noch in dem anderen Falle die vom Stifter vorgenommene Veräußerung durch das nachträgliche Eintreten der Bedingung, unter welcher das Fideicommiß gegründet war, nichtig oder anfechtbar wird, da die Anordnung, auf der dasselbe überhaupt beruhte, vor der Purificirung der Bedingung ganz oder theilweise (d. h. soweit sie hierbei gerade in Betracht kommt) aufgehoben war[16]).

Bei einer Resolutivbedingung hat man sich die condicione impleta eintretende vollständige Vernichtung des Familienfideicommisses nicht in der Weise zu denken, als ob jetzt dasselbe Resultat herbeizuführen wäre, wie wenn das Fideicommiß niemals bestanden hätte, das Fideicommißvermögen also dem ausgehändigt werden müßte, an den es gekommen, wenn dasselbe von Hause aus im gewöhnlichen Erbgang vererbt worden wäre. Vielmehr gestaltet sich in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Stifters die Sache nun so, als ob die zum Fideicommiß berufene Familie im Aussterben begriffen, und der jetzige Inhaber des Guts letzter Besitzer wäre.

Ganz wie unter einer Bedingung kann eine Fideicommißerrichtung auch unter Hinzufügung eines dies, und zwar sowohl Anfangs- als Endtermins stattfinden, wie dies auch durch das Bayerische Landrecht ausgesprochen ist im Th. III C. 10 § 4 N. 4: „Können zwar die Geschlechts-Fideicommissen ebenso, wie andere sowol ad certum Diem als ex certo Die gemacht werden, in Zweifel aber werden jene allzeit pro perpetuis geachtet". Durch eine derartige Bestimmung wird aber nicht die Existenz des Familienfideicommisses in's Ungewisse gestellt, sondern nur sein Inkrafttreten hinausgeschoben, resp. seine Dauer, welche an sich keine Grenzen hat, an eine bestimmte Zeit gebunden.

Ein modus, welcher dem Fideicommiß als solchem gesetzt wäre, ist nicht

---

[16]) Bei der oben (S. 150 f.) angegebenen Bestimmung des Bayerischen Edicts über die Familien-Fideicommisse § 10 ist freilich dem Stifter jede Einwirkung auf den Bestand des Fideicommisses pendente condicione entzogen. Aber dies ist eine ganz positive Vorschrift. Natürlich muß man eben dasselbe da annehmen, wo in Folge besonderer particularrechtlicher Bestimmungen die Fideicommißstiftung, in welcher Form dieselbe auch erfolgt sein mag, für unwiderruflich gilt, wie nach dem Braunschweigischen Ges. über die Errichtung von Familien-Stammgütern vom 20. Mai 1858 § 1 (s. o. S. 140 Note 228).

möglich, vielmehr wird eine derartige Nebenbestimmung stets als der Person gesetzt zu betrachten sein. Und auch einen solchen modus wird man nicht oft annehmen können, indem alle die Nebenbestimmungen einer Fideicommißstiftung auszunehmen sind, welche lediglich als Bestandtheile der vom Stifter dem Familienfideicommiß gegebenen besonderen Verfassung erscheinen. Und wenn Molina[17]) und Knipschildt[18]) bemerken, daß eine in einer Fideicommißstiftung befindliche Nebenbestimmung im Zweifel nicht für eine condicio sondern für einen modus zu halten sei, so ist dieser modus eine durch die Verfassung des Fideicommisses bedingte Anordnung. Dies ergeben auch die von Knipschildt angeführten Beispiele, als Einführung einer Individualsuccession und einer bestimmten Art derselben[19]), vorgeschriebene Untheilbarkeit der Güter[20]) und das Veräußerungsverbot[21]), welches doch das Wesen des Instituts ausmacht.

III. Mittel zur Sicherung des Familienfideicommisses.

§ 9.

Errichtung eines Inventars.

Für den Bestand eines Familienfideicommisses ist ein Verzeichniß sämmtlicher, zu diesem gehörender Gegenstände, ein Inventar, von der größten Wichtigkeit, weil dasselbe jenen so wie er bei Errichtung des Fideicommisses selbst war, für die Zukunft dem Gedächtniß erhält und ihn nicht von dem zweifelhaften Resultat einer von Generation zu Generation immer unsicherer werdenden Beweisführung abhängig macht. Daher wird jeder vorsichtige Fideicommißstifter entweder selbst ein Inventar anfertigen oder anordnen, daß ein solches von dem ersten Fideicommißbesitzer gemacht werde.

In diesem letzteren Falle ist der Besitzer zu der Anfertigung eines solchen verbunden. Allein es fragt sich, ob derselbe auch ohne eine derartige Bestimmung des Stifters ein Inventar errichten müsse und dazu von den Successoren angehalten werden dürfe.

Die älteren Juristen erkannten meist eine derartige Verbindlichkeit an. So Fusarius[1]), Molina[2]), Knipschildt[3]), Stryck[4]), Lauterbach[5]), Kreittmayr[6]), Westphal[7]), und auch das Bayerische Landrecht bestimmt

---

[17]) L. c. II c. 12 n. 3—9. [18]) L. c. VI n. 260—265.
[19]) L. c. n. 265 sqq. [20]) L. c. n. 320—331.
[21]) L. c. n. 332 sqq.
[1]) De fideicommissaria substitutione qu. 512 n. 5.
[2]) De Hispan. primog. I c. 28 n. 5—7.
[3]) De fideicommissis familiarum XII n. 8—11.
[4]) De cautel. testament. c. 21 m. 1 § 12.
[5]) Collegium pandect. l. 36 t. 1 § 23.
[6]) Anmerkungen III C. 10 § 12 N. 3.
[7]) Teutsches Privatrecht Th. II Abth. 57 § 20 S. 237.

im Th. III C. 10 § 12: — „ist auch — jeder Fideicommiss-Inhaber schuldig — 5to. gleich bey der Guts-Uebernahm, ein legales Inventarium oder summarische Beschreibung darüber zu verfertigen und denen Interessenten auf Anmelden Glaubwürdige Abschrift davon mitzutheilen."

Können wir nun aber die gedachte Verpflichtung nach gemeinem Recht für begründet ansehen? Ich glaube mich für die Bejahung der Frage aussprechen zu müssen. Molina[8]) und Knipschildt[9]) finden den Grund in der Verpflichtung des jedesmaligen Besitzers, die zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände, unter der Verbindlichkeit für alle Deteriorationen Ersatz zu leisten, vollständig dem Nachfolger zu hinterlassen, wie schon eben daraus die Glosse zu L. 11 § 5 v. nimirum Ad L. Falc., Peregrinus[10]) und andere Juristen[11]) die Pflicht des heres gravatus gegen den Fideicommissar herleiten, ein Inventar, als Grundlage für die Ersatzverbindlichkeit, anzufertigen. Lauterbach findet augenscheinlich, indem er selbst zwar nicht darauf weiter eingeht, aber doch seine Ansicht durch Verweisung auf L. 69 § 3 De legat. II (31). L. 72 § 3 De C. et D. (35, 1). L. 54 Ad SC. Treb. (36, 1) zu erkennen giebt, die Begründung ebenfalls in der Restitutionspflicht und Ersatzverbindlichkeit des Fideicommißbesitzers und ferner in der ihm obliegenden Cautionsleistung. Daraus ergiebt sich also, daß die Ausbildung der Theorie bei der vorliegenden Frage etwa folgenden Gang genommen. Der Fideicommißbesitzer hat seinen Successoren gegenüber die Verbindlichkeit, diesen die Fideicommißgüter zu hinterlassen, für Deteriorationen aufzukommen und für beides bereits bei Erwerbung der Güter Caution zu leisten. Um für alles eine sichere Grundlage zu gewinnen, forderte man die Errichtung eines Inventars, indem man dieselbe als die nothwendige Consequenz der Cautionspflicht ansah, welche ohne jenes bedeutungslos wäre, und als die nothwendige Voraussetzung der Restitutions- und Ersatzverbindlichkeit. Diese Ansicht wird noch in unserer Zeit in der Praxis vertreten. Zwar ist mir kein Fall bekannt, wo gerade bei einem Familien-Fideicommisse dieselbe ausgesprochen wäre, wohl aber hat bei einem fideicommissum eius quod supererit das Ober-Appellationsgericht zu Jena in einer Entscheidung vom 28. December 1820[12]), den Erben für verpflichtet erachtet, dem Fideicommissar ein Inventar der Erbschaft auszuhändigen, wie auch in einem Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Celle aus dem Jahre 1847[13]) dem Pflichttheilsberechtigten die Befugniß eingeräumt wird, vom besitzenden Erben ein Inventar über den Bestand der Erbschaft zu verlangen, obwohl sich auch hierfür eine Bestimmung des geschriebenen Rechts nicht anführen läßt. Für das römische Recht, glaube ich nun allerdings, darf man die Pflicht zur Anfertigung eines Inventars

[8]) L. c. n. 5 u. 7. [9]) L. c. n. 9. [10]) De fideicommissis art. 35 n. 25.
[11]) S. dieselben bei Peregrinus a. a. O.
[12]) Seuffert, Archiv V N. 208 (neuer Abdruck I S. 790).
[13]) Seuffert, Archiv V N. 35 (neuer Abdruck I S. 709).

noch nicht als Consequenz aus der Verbindlichkeit zur Cautionsleistung ansehen. Bestimmt doch L. 1 § 4 Usufr. qu. cav. (7, 9): Recte autem facient et heres et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, ut inde possit apparere, an et quatenus rem peiorem legatarius fecerit; und empfiehlt somit bei einem legirten Nießbrauch lediglich als Zweckmäßigkeitsmaßregel die Beschreibung der Sache, an welcher derselbe bestellt ist. Dagegen können wir wohl in jener übereinstimmenden Ansicht der Juristen ein gemeines Juristenrecht erkennen, und dieselbe demgemäß auch jetzt bei Familienfideicommissen für maßgebend halten.

Von den neueren Schriftstellern behandelt die Frage eingehender, und zwar vom Standpunkt des gemeinen Rechts, Salza[14]). Er hält die Errichtung eines Inventars auch ohne besondere Anordnung des Stifters für nothwendig. Zwar könnte man aus dem, was er zuerst darüber sagt, wonach die Anfertigung eines Inventars „schon an und für sich als eine höchst nöthige Cautel" erscheint, „aber auch durch particulare Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben worden", den Schluß ziehen, daß es sich hier nach gemeinem Recht lediglich um eine Zweckmäßigkeitsmaßregel handele. Allein daß das oben Gesagte wirklich Salza's Meinung, erhellt doch daraus, daß er (S. 90) den Fideicommißbesitzer selbst durch einen ausdrücklichen Erlaß des Stifters nicht von der Anfertigung eines Verzeichnisses und einer Beschreibung der zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände, sondern nur von der Errichtung eines förmlichen Inventars entbinden läßt. Beseler[15]) ist dagegen anderer Meinung. Er hält, abgesehen von particularrechtlicher Anordnung, die Errichtung eines Inventars nicht für nothwendig, sondern nur für angemessen.

Fusarius[16]) behauptet, daß die Errichtung eines Inventars nur auf Antrag der Interessenten zu geschehen brauche. Diese Ansicht wird auch für richtig zu halten sein. Einmal hat nämlich der Richter nach gemeinem Recht, ex officio die Einreichung eines Inventars nicht zu veranlassen, da ihm überhaupt eine Mitwirkung bei Errichtung des Fideicommisses und eine Aufsicht über dasselbe nicht zukommt. Ferner können nachtheilige Folgen wegen Unterlassung der Inventarisirung den Fideicommißbesitzer oder seine Erben nicht treffen, indem es hierfür an jedem Anhalt fehlen würde. Eine Analogie des Vormundes für zulässig zu halten, und demgemäß dem Successor das Recht einzuräumen, sein Interesse gegen die Allodialerben des Fideicommißbesitzers durch ius iurandum in litem nachzuweisen, erscheint mir nämlich doch zu gewagt, da die dem Vormund angedrohten Nachtheile auf seinen dolus zurückgeführt werden[17]). So wird denn auch die Zulässigkeit des iuramentum in litem für den hier behandelten Fall von mehreren Juristen ausdrücklich in

---

[14]) Familienfideicommisse S. 89 f. [15]) System § 176 N. I c.
[16]) L. c. qu. 512 n. 6. [17]) L. 7 pr. De adm. tut. (26, 7).

Abrede gestellt[18]). Klagen dagegen die Fideicommißinteressenten gegen den Besitzer, während derselbe das Fideicommiß inne hat, auf Anfertigung eines Inventars, und derselbe läßt sich auch durch die gesetzlichen Zwangsmittel hierzu nicht bewegen, so könnten die ersteren allerdings ihr Interesse durch Würderungseid geltend machen, da dasselbe sonst regelmäßig nicht genau nachgewiesen werden könnte und auch die andere Voraussetzung jenes Eides, nämlich dolus des Beklagten[19]) hier vorliegt. In diesem Falle lassen es demgemäß auch die älteren Juristen zu[20]). Eine andere Wirkung würde übrigens die Unterlassung der Inventarisirung auch dann nicht haben, wenn dieselbe durch den Stifter ausdrücklich angeordnet wäre, es müßte denn dieser selbst eine solche bestimmt und den sonstigen Interessenten und dem etwaigen Curator des Fideicommisses das Recht gegeben haben, dieselbe geltend zu machen.

Die durch die Aufnahme des Inventars entstehenden Kosten ist jedoch der Fideicommißbesitzer, in Ermangelung einer darüber getroffenen Verfügung des Stifters, nicht verpflichtet zu tragen, auch nicht aus den Einkünften des Fideicommisses, sondern dieselben würden (ganz wie die durch die Intabulation entstehenden Kosten) als impensae necessariae zu betrachten sein und demnach damit das Fideicommiß belastet werden können, wie auch Peregrinus[21]) der Ansicht ist, daß der mit der Restitution der Erbschaft belastete Erbe die durch die Inventarisation entstandenen Kosten aus dem Bestande der zu restituirenden Erbschaft entnehmen darf, und dabei zum Beweise seiner Behauptung sich auf die Bestimmung der L. 22 § 9 C. De iur. delib. (6, 30) beruft, daß der Beneficialerbe die Kosten der Errichtung des Inventars von der Erbschaft vorweg abziehen darf.

Bei Errichtung eines solchen Inventars ist nun keineswegs die Form, welche L. 22 C. De iur. delib. vom Beneficialerben verlangt, und überhaupt keine bestimmte (gerichtliche oder notarielle) Form nach gemeinem Recht erforderlich[22]). Denn auch eine Privaturkunde hat, die Echtheit derselben vorausgesetzt, Beweiskraft gegen den Aussteller selbst und dessen Erben. Gegen dritte Personen hat aber ein solches Inventar keine Beweiskraft, auch nicht gegen die übrigen Fideicommißinteressenten, wenn diese nicht bei der Aufnahme desselben mitgewirkt haben oder wenigstens zugegen gewesen sind. Dagegen muß das Inventar ein vollständiges Verzeichniß sämmtlicher das Fideicommiß bildender und zu demselben gehörender Gegenstände, mit Angabe

---

18) So von Fusarius (l. c. qu. 667 n. 16 sq.), Molina (l. c. I c. 28 n. 5—9), Knipschildt (l. c. XII n. 18 sq.).

19) L. 5 § 4 De in lit. iur. (12, 3).

20) So Molina (l. c. n. 10), Knipschildt (l. c. n. 20).

21) L. c. art. 35 n. 25.

22) Fusarius (l. c. qu. 512 n. 7), Lauterbach (l. c. l. 36 t. 1 § 23). Salza, Familien-Fideicommisse S. 89 scheint allerdings als Regel ein **instrumentum publicum** zu verlangen.

der näheren Beschaffenheit derselben, enthalten, und bei solchen, welche ihrer Natur nach vergänglich und dem Wechsel unterworfen sind, ist auch der Werth[23]), natürlich nach sachverständiger Schätzung, anzugeben, da bei ihnen, welche durch andere Sachen derselben Art und Güte ersetzt werden können, nur durch jenes ein sicherer Anhalt für die Restitution gewonnen werden kann[24]), wogegen nicht das Gleiche in Betreff der Immobilien mit Rücksicht auf die Abschätzung der eingetretenen Deteriorationen gesagt werden darf[25]).

Es ist endlich noch die Frage zu beantworten, ob der Stifter die Anfertigung eines Inventars erlassen und damit den Fideicommißbesitzer von dieser Pflicht befreien kann. Mehrere Juristen verstehen einen solchen Erlaß von einem solennen, also gerichtlichen oder notariellen Inventar (welches ohnehin schon nicht nothwendig ist), halten den Fideicommißbesitzer aber dennoch für verpflichtet, eine descriptio bonorum anzufertigen, so Molina[26]), Knipschildt[27]), Lauterbach[28]), Salza[29]), und auch in dem oben angeführten Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Jena vom 28. December 1820 ist diese Ansicht ausgesprochen. Fusarius[30]) findet die eigentlich practische Bedeutung eines solchen Erlasses des Stifters darin, daß in diesem Fall die Inventarisirung, wenn ein Fideicommißinteressent dieselbe verlangt, auch auf Kosten eben desselben geschehe[31]). Dagegen glaube ich, daß man dem Stifter unbedingt das Recht zuzusprechen hat, in vollkommen wirksamer Weise die Anfertigung eines Inventars zu erlassen. Denn da die Restitutionspflicht des jedesmaligen Inhabers des Fideicommisses lediglich auf dem Willen des Stifters beruht, so muß man diesem, in Ermangelung eines entgegenstehenden Rechtssatzes[32]), auch die Befugniß einräumen, im Vertrauen auf die von ihm zum Besitz des Fideicommisses Berufenen, von besonderen Mitteln, wodurch die Realisirung seines Willens gesichert würde, Abstand zu nehmen.

Was die Aufbewahrung des Inventars betrifft, so folgt daraus, daß die Interessenten die Anfertigung eines solchen fordern können, noch nicht, daß dasselbe ihnen auch ausgehändigt und nach ihrer Bestimmung aufbewahrt

---

[23]) Vgl. Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 107.

[24]) So auch Salza a. a. O. S. 89.

[25]) Salza behauptet freilich das Entgegengesetzte.

[26]) L. c. I c. 28 n. 11—17. [27]) L. c. XII n. 16 sq.

[28]) A. a. O. [29]) A. a. O. S. 90. [30]) L. c. qu. 512 n. 9—11.

[31]) Diese Wirkung hat auch Lauterbach (a. a. O.) hervorgehoben, und ebenso bereits Knipschildt (L. c. XII n. 17), der sie jedoch nicht stets eintreten lassen will, indem er, ohne in diesem Fall der Pflicht des den Antrag stellenden Fideicommißinteressenten, die Kosten zu tragen, zu erwähnen annimmt, daß trotz des Verbots des Stifters der Fideicommißbesitzer ex iusta caussa zur Errichtung eines Inventars angehalten werden könne.

[32]) Daß dafür ein gemeines Juristenrecht bestehe, läßt sich wohl kaum annehmen.

werden müßte, sie sind vielmehr lediglich berechtigt, Einsicht und Abschriften davon zu nehmen. Das Aufbewahrungsrecht muß man m. E. mit Rücksicht darauf, daß man auch die ein Grundstück betreffenden Documente nach gemeinem Recht zu dessen Zubehörungen zählen kann [33]), dem Fideicommißbesitzer zusprechen [34]).

Die neueren Particularrechte, welche auf die Frage überhaupt eingehen, verlangen entweder sofort bei der Errichtung des Fideicommisses die Beibringung eines Inventars, so daß dies mit zu den Handlungen des Stiftungsacts gerechnet wird, oder legen dem ersten Fideicommißbesitzer diese Pflicht auf. Ersteres ist der Fall beim Preußischen Landrecht [35]), dem Oesterreichischen Gesetzbuch [36]) und dem Braunschweigischen Gesetz vom 20. Mai 1858 [37]). Diese Gesetze schreiben ausdrücklich vor, daß das Inventar vollständig, die beiden ersteren auch, daß die Unterschrift dessen, der das Inventar aufgenommen, beglaubigt sein soll, denn nur dieses kann unter dem beglaubigten Verzeichniß, welches verlangt wird, verstanden werden [38]). Dagegen bedarf es einer Zuziehung der zur Succession berufenen Personen nicht, deren Rechten denn auch durch eine unrichtige Aufnahme des Inventars nicht präjudicirt wird [39]).

---

[33]) Vgl. Beseler, System § 78 Note 7.

[34]) Salza, Familien-Fideicommisse S. 90 bemerkt, daß es zweckdienlich sei, das Inventar wenigstens in drei Exemplaren auszufertigen, von denen eins der Fideicommißbesitzer behalte, das andere dem Gericht, welchem das Fideicommiß unterstellt, das dritte den Fideicommißanwärtern auszuhändigen sei. Dagegen ist nur zu bemerken, daß abgesehen von particularrechtlichen Normen oder besonderer Anordnung des Stifters der Fideicommißbesitzer dazu nicht angehalten werden kann, und ferner, daß es nach gemeinem Recht kein Gericht giebt, welchem das Fideicommiß unterstellt ist. Als Rath an den Stifter, etwas Aehnliches anzuordnen, mag man jene Bemerkung gelten lassen.

[35]) § 71 A. L. R. II, 4: „Uebrigens soll künftig, bei Errichtung eines jeden Fideicommisses, von den dazu gehörenden Pertinenz- und Inventarienstücken ein vollständiges beglaubtes Verzeichniß aufgenommen, und ein Exemplar davon bei den Akten des Hypothekenbuchs verwahrt werden."

[36]) A. B. G. B. § 627: — „Bey der Errichtung ist ein ordentliches, beglaubtes Verzeichniß aller zu dem Fideicommisse gehörigen Stücke zu verfassen, und gerichtlich aufzubewahren. Dieses Inventarium dienet bey jeder Besitzveränderung und bey Absonderung des Fideicommisses von dem freyen Vermögen zur Richtschnur."

[37]) § 1: — „Die Familien-Stammguts-Begründung — muß mit einer genauen Specification der Zubehörungen, Rechte und Lasten, welche das Familien-Stammgut bilden sollen, versehen sein."

[38]) Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 108 f. versteht das im A. B. G. B. aufgestellte Erforderniß der Beglaubigung des Inventars von einer Ausfertigung durch das Gericht.

[39]) Diese Ansicht ist ausgesprochen in einem Bescheid des preußischen Justiz-

Dieses Inventar soll, gleichfalls nach Landrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch, gerichtlich aufbewahrt und zwar nach dem letzteren unzweifelhaft bei dem Gericht, welches die Aufsicht über das Fideicommiß zu führen hat, d. h. bei dem persönlichen Richter des ersten Fideicommißbesitzers[40]), nach dem ersteren bei dem Richter der belegenen Sache, da nach diesem das Inventar zu den Hypotheken-Acten genommen werden soll. Bei Geldfideicommissen, wo ebenfalls ein Inventar nothwendig ist, welches in einem Verzeichniß der das Fideicommiß bildenden Capitalien mit der Angabe, wie dieselben angelegt, besteht, würde dasselbe auch nach preußischem Recht freilich dem Fideicommißrichter, heutzutage also dem competenten Appellationsgericht, auszuhändigen sein. Das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse schlägt den zweiten der oben angegebenen Wege ein und stellt die Vorschriften auf, welche ich für das gemeine Recht als maßgebend bezeichnete. Es verpflichtet den Fideicommißbesitzer nur auf Verlangen der Anwärter, ein Inventar der zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände herauszugeben, schreibt auch vor, daß dasselbe ordentlich, und das heißt wohl hier gleichfalls vollständig sein soll, fordert jedoch keine bestimmte Form, noch gerichtliche Niederlegung desselben[41]). Das Gleiche gilt vom Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch, welches auf den Fideicommißbesitzer die Vorschrift anwendet, daß bei einem usus fructus omnium bonorum der Eigenthümer, wie der Usufructuar die Aufnahme eines Inventars verlangen kann. Danach ist der Fideicommißbesitzer verpflichtet, ein Inventar auf Antrag hier natürlich der Successoren zu errichten und mit seiner Namensunterschrift zu versehen[42]). Das Gesetz giebt jedoch zu dem Zweifel Anlaß ob die in Betreff des Nießbrauchs gegebene Bestimmung bei jedem

---

Ministers vom 6. September 1815 (Ergänzungen zum A. L. R. II, 4; vgl. Koch, Commentar zum § 71 cit. Note 14).

[40]) Vgl. Wildner a. a. O. S. 112.

[41]) Edict vom 26. Mai 1818 § 43: „Vermöge des Miteigenthums sind die Anwärter berechtigt — zu verlangen, daß alle zum Fideicommiß gehörigen Sachen in ein ordentliches Verzeichniß gebracht, und darin die beweglichen nach ihrer Beschaffenheit, Zahl, Größe, Gewicht oder Werth genau beschrieben werden. Dieses Verzeichniß dient bey jeder Besitz-Veränderung und bey Absonderung des Fideicommisses vom Allodium zur Richtschnur." Mit diesem Inventar ist nicht zu verwechseln die „umständliche Anzeige aller Bestandtheile des Fideicommisses", welche dem Gesuch um Ertheilung der erforderlichen Bestätigung hinzuzufügen ist: Edict § 24 N. 1; wie solche auch in der Bestätigungsurkunde selbst (Edict § 30) und der bei den Gerichten über die Familienfideicommisse zu führenden Matrikel (Edict § 16) enthalten sein muß.

[42]) B. G. B. § 2532. „Der Anwartschaftsinhaber ist zur Bestellung einer Sicherheit nicht verpflichtet, doch gilt die Vorschrift im § 632." Dieser § 632 aber lautet: „Sowohl der Eigenthümer als auch der Nießbraucher hat bei einem Nießbrauche an einem ganzen Vermögen das Recht, die Aufnahme eines durch Namensunterschrift vollzogenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen."

Familienfideicommisse gilt, oder nur bei einem solchen, dessen Gegenstand ein ganzes Vermögen bildet[43]).

§ 10.
Pflicht des Fideicommißbesitzers zur Cautionsleistung.

Bei jedem Fideicommiß, mit Einschluß des Universalfideicommisses, welches nicht sofort geleistet wird, steht nach römischem Recht dem Honorirten die Befugniß zu, die cautio legatorum servandorum caussa zu fordern. Daraus geht hervor, daß eine solche auch bei dem successiven Vermächtniß[1]) und dem römischen Familienfideicommiß zur Anwendung kommt, und es geschieht derselben auch bei einem solchen ausdrücklich Erwähnung[2]). Hat nun aber dieser Grundsatz auch bei dem heutigen gemeinrechtlichen Institut der Familienfideicommisse Geltung? Die älteren Juristen bejahen diese Frage, so Molina[3]), Petra[4]), Knipschildt[5]), Kreittmayr[6]), Stryck[7]), Pütter[8]), und auch das Bayerische Landrecht giebt den Agnaten die Befugniß, von dem Besitzer eine solche zu fordern, indem es im Thl. III C. 10 § 12 N. 4 den Besitzer verpflichtet, „auf Begehren, zumal bey anscheinender Gefahr annehmliche Caution hierum zu leisten" (nämlich das Gut als bonus pater familias zu verwalten und allen durch eigene Schuld entstandenen Schaden zu ersetzen). Von den neueren Schriftstellern übergehen die meisten diesen Punkt mit Stillschweigen. Beseler[9]) leugnet die Pflicht zur Cautionsleistung, und zwar aus dem Grunde, weil das Fideicommiß als eine selbständige Anordnung zu Gunsten der Agnaten und nicht als eine Restitution zu betrachten sei. Allein dieses Argument ist nicht richtig, denn das Wesen des Familienfideicommisses beruht allerdings auf der jedem Besitzer obliegenden

---

[43]) Ueberhaupt hätte der Gesetzgeber wohl eine eigene Bestimmung über das Erforderniß des Inventars bei Familienfideicommissen geben können, da die hier entstehenden Fragen keineswegs durch Verweisung auf die gedachte Bestimmung genügend beantwortet werden. So könnte man auch darüber zweifelhaft sein, ob auch der Fideicommißbesitzer nur auf Antrag der Anwärter ein Inventar errichten müsse, da es doch nicht ganz sicher ist, ob man dem Eigenthümer und Usufructuar so ohne Weiteres die Anwärter substituiren darf.

[1]) L. fin. C. De legat. (6, 37).

[2]) L. 67 § 6 De legat. II (31) (s. o. S. 11 f. Note 19). L. 69 § 3 eod. (s. o. S. 12).

[3]) De Hispan. primog. I c. 15 n. 7—13.

[4]) De fideicommissis qu. 10 n. 13.

[5]) De fideicommissis familiarum XII n. 21—24. n. 41.

[6]) Anmerkungen III C. 10 § 12 N. 3.

[7]) De successione ab int. VII c. 3 § 12.

[8]) Sylloge p. 37. [9]) System § 176 Note 20.

Pflicht, den Gegenstand desselben nicht zu veräußern und dem vom Stifter vorher bestimmten Nachfolger zu hinterlassen, zu restituiren[10]). Mit dem Argument fällt aber auch die daraus gezogene Folgerung. Ebenso scheint Salza[11]) eine erzwingbare Pflicht des Fideicommißbesitzers, Caution zu stellen, nach gemeinem Recht nicht anzuerkennen, sondern nur beim Vorhandensein dahin zielender particularrechtlicher Vorschriften. Denn wenn er eine Caution vom Besitzer fordert[12]), „auch ohne vorhandenen Verdacht eines von Seiten des Fideicommißinhabers zu befürchtenden Mißbrauchs, es müßte denn der Stifter die Bestellung der Caution den Fideicommissarien ausdrücklich erlassen haben"; und selbst in diesem letzteren Fall den Anwärtern das Recht giebt, Caution zu fordern, wenn der Fideicommissar seine Befugnisse überschreitet und dadurch die eventuellen Rechte der ersteren gefährdet; auch die Caution als das einzige Mittel bezeichnet, wodurch die zu einem Fideicommiß gehörigen Mobiliargegenstände sichergestellt werden könnten: so ist das alles doch nur unter der Voraussetzung zu verstehen, daß es durch das Particularrecht angeordnet ist. Daß dies in der That seine Meinung, geht daraus hervor, daß ihm die Bestellung einer Caution von Seiten der „zeitigen Fideicommißbesitzer" als ein Mittel erscheint, wodurch die dingliche Sicherstellung der Substanz des Fideicommisses „nebenbei" verstärkt werden könne[13]), und er eine solche Sicherstellung des Fideicommisses überhaupt nur da für nothwendig hält, „wo man den Fideicommißinteressenten das ihnen nach gemeinem Recht zukommende dingliche Recht entzogen", oder richtiger (wie sich das aus den folgenden Worten Salza's als dessen Meinung ergiebt), wo man bei nicht bestätigten Fideicommissen dem Anspruch der Fideicommißinteressenten auf ein solches den dinglichen Charakter genommen hat[14]). Hierdurch wird doch offenbar das Erforderniß der Cautionsstellung für das gemeine Recht geleugnet. Damit stimmt es freilich nicht recht überein, daß die von Salza für die Pflicht des Fideicommißbesitzers, Caution zu stellen, angeführten Belege keineswegs Particularrechten, sondern den Digesten und den Werken von Juristen[15]) entnommen sind, welche eine Darstellung des Rechts der Familienfideicommisse gerade nach gemeinem Recht geben. Aber auch abgesehen hiervon ist Salza's Annahme ganz verkehrt. Denn wenn auch nach gemeinem Recht der Anspruch der Fideicommißanwärter einen dinglichen Charakter hat, d. h. wenn sie denselben auch gegen jeden dritten Besitzer des Guts verfolgen können, dieser Charakter aber nach den Particularrechten, welche gerichtliche

---

[10]) Ich sehe auch nicht ein, wie „selbständige Anordnung" und „Restitution" Gegensätze sein sollen.

[11]) Familien-Fideicommisse S. 95. S. 98 Note 16.

[12]) A. a. O. S. 98 Note 16.

[13]) A. a. O. S. 95. [14]) A. a. O. S. 91.

[15]) Wernher's observationes forenses, Knipschildt's Tractat und Böhmer's exercitationes ad pandectas.

oder landesherrliche Bestätigung des Fideicommisses fordern, dem Recht der Agnaten bei nicht confirmirten Fideicommissen fehlte, und nun zum Ersatz für denselben die vom Fideicommißbesitzer den Anwärtern zu bestellende Caution eingeführt wäre, so würde daraus nicht folgen, daß die Cautionsleistung durch ein derartiges Particularrecht, welches die Bestätigung der Fideicommisse verlangt, als allgemeine Regel vorgeschrieben werden müßte, sondern nur für solche Fideicommisse, bei denen das Nachsuchen der Confirmation unterlassen. Sollte aber die bisher Salza unterstellte Ansicht gar nicht die seine gewesen sein, er vielmehr nur gemeint haben, daß das Verlangen, eine Caution zu bestellen, eine Vorsichtsmaßregel sei, welche der Stifter anordnen könne, so würde er auch dann sich selbst widersprechen, indem er den Anwärtern stets das Recht giebt, die Caution zu verlangen, wenn sie nicht der Stifter selbst erlassen, und selbst in diesem Fall, wenn der Besitzer seine Befugnisse überschreitet. Einen vernünftigen Sinn giebt demnach die Ausführung Salza's nicht.

An und für sich läßt sich nun weder in der Bedeutung der hier in Betracht kommenden Caution, noch in der Natur des Familienfideicommisses ein Grund finden, die Pflicht des Fideicommißbesitzers, und zwar eines jeden, den Agnaten auf Verlangen Caution zu leisten, zu leugnen. Die Caution ist, wie schon oben darauf hingewiesen wurde, die cautio legatorum servandorum caussa. Diese wird geleistet, um dem Honorirten Sicherheit dafür zu gewähren, daß ihm das Legat beim Eintreten des dies oder der Erfüllung der Bedingung werde geleistet werden, wie das in L. 1 pr. Ut legat. (36, 3) einfach ausgesprochen ist mit den Worten: Legatorum nomine satis dari oportere praetor putavit, ut quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat dolumque malum abfuturum stipulentur. Nun ist aber auch beim Familienfideicommiß ein Vermächtniß zu restituiren, nämlich dem durch den Stifter bestimmten Successor zu hinterlassen, wie man sich auch auf die Analogie des römischen fideicommissum familiae berufen kann. Hiergegen läßt sich auch der Grund nicht geltend machen, daß die Fideicommißanwärter, da sie ihr Recht, sobald es überhaupt in Kraft getreten, gegen jeden Besitzer der Sache verfolgen könnten, der Caution gar nicht bedürften, denn mit demselben Recht könnte man dieselbe jedem Vermächtnißnehmer absprechen, dem eine Sache des Erblassers selbst vermacht ist, da die Veräußerung einer solchen Sache Seitens des Onerirten nichtig ist[16]). Eben so wenig kann man einwerfen, daß man von Caution nur bei solchen Vermächtnissen reden dürfe, welche das römische Recht kenne, daß sie daher nicht

---

[16]) Das ist auch die Ansicht von Molina (l. c. I c. 15 n. 8), welcher hervorhebt, daß es für das Erforderniß der Satisdation genüge, daß sola possessio facti sit ab herede s. anteriore fideicommissario restituenda, etiamsi dominium ac possessio a lege transferantur.

bei solchen Familienfideicommissen zur Anwendung kommen könne, welche auf Erbverträgen oder Geschäften unter Lebenden beruhten [17]). Denn wenn in dem Familienfideicommiß sich gewissermaßen eine erweiterte Testirbefugniß zeigt, so müssen die Vorschriften des römischen Rechts über letztwillige Verfügungen, soweit sie nicht gerade die Form derartiger Geschäfte betreffen oder durch die eigenthümliche Natur solcher nothwendig bedingt sind, auch auf Familienfideicommisse Anwendung finden, welche durch Geschäfte unter Lebenden oder Erbverträge gegründet sind. Diese Ansicht findet denn auch ihre Bestätigung in der Praxis deutscher Obergerichte, welche dem Legatar das Recht auf Caution auch gegen den Vertragserben zusprechen [18]).

Nichts desto weniger werden wir der Caution nur ein beschränktes Gebiet einräumen können. Schon Molina [19]) und Peregrinus [20]) bemerken, daß dieselbe in der Praxis niemals vorkomme in fideicommissis de bonis stabilibus, und eben dasselbe werden wir, wenngleich ausdrücklich nur personae illustres und principes von der Cautionspflicht als befreit angegeben werden [21]), von der deutschen gemeinrechtlichen Praxis sagen können; wie denn auch das Bayerische Landrecht ebenfalls nur bei „anscheinender Gefahr" den Besitzer zur Leistung der Caution verpflichtet. Demgemäß würde dieselbe nicht zur Anwendung kommen bei Familienfideicommissen, die in Grundstücken bestehen, und Capitalien, die unkündbar auf ein Grundstück gelegt sind.

Die Pflicht zur Cautionsleistung fällt ferner, wo sie auch an sich begründet wäre, weg, wenn der Stifter dem Fideicommißbesitzer dieselbe erlassen hat, wie die Befugniß hierzu dem Erblasser nach römischem Recht ganz allgemein zustand [22]). Diese Befugniß des Fideicommißstifters nehmen auch die älteren Juristen an, so Molina [23]), Knipschildt [24]), Kreittmayr [25]), wie Salza [26]) gleichfalls, was schon oben bemerkt, dieser Möglichkeit gedacht hat. Dagegen wird die Wirksamkeit eines solchen Verbots in Abrede gestellt, für

---

[17]) Hierauf nimmt Molina in der That Rücksicht. Er unterscheidet (l. c. I c. 15 n. 7 u. 8) zwischen letztwillig und durch Vertrag errichteten Majoraten, und läßt bei solchen der letzteren Art dann allein unbedingt Caution fordern, wenn das Majorat trotz des Contracts widerruflich sei, wogegen er bei dem unwiderruflichen Satisdation nur beim Verdacht von dilapidatio verlangt.

[18]) So Erkenntn. des O. A. G zu Celle vom 18. Mai 1843 (Seuffert, Archiv IX N. 319, neuer Abdruck II S. 700 f.), und Erkenntn. des O. A. G. zu Oldenburg vom 27. März 1850 (Seuffert, Archiv V N. 206, neuer Abdruck I S. 789).

[19]) L. c. I c. 15 n. 35. [20]) De fideicommissis art. 40 n. 14 extr.

[21]) Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 12 N. 3. Stryck l. c. VII c. 3 § 13.

[22]) L. 72 De C. et D. (35, 1). L. fin. Ut legat. (36, 3). L. 2 C. Ut in poss. legat. (6, 54).

[23]) L. c. I c. 15 n. 8 u. 9. [24]) L. c. XII n. 31.

[25]) A. a. O. III C. 10 § 12. [26]) A. a. O. S. 98 Note 16.

den Fall, daß der Fideicommißbesitzer das Vermögen angreift[27]), was jedoch Molina[28]) und Kreittmayr[29]) auf den Fall einer dolosen dilapidatio beschränken, nur daß der erstere bei jeder Verschleuderung der Fideicommißgüter dem dadurch benachtheiligten Successor das Recht giebt, vom Richter zu verlangen, daß er jener Einhalt gebiete[30]). Knipschildt stützt sich, unter Berufung auf Peregrinus[31]) und Fusarius[32]) auf L. Imperator (50) Ad SC. Treb. (36, 1)[33]), nach welcher Stelle der Vater, dem auferlegt war, seinem Sohn nach aufgelöster Gewalt ein Fideicommiß zu restituiren, dieses sofort thun muß, wenn er dasselbe verschwendet. Derselbe glaubt einen Anhalt für seine Meinung wohl deshalb in L. 50 zu finden, weil in dieser Stelle als Grund für die Restitutionspflicht des Vaters der Umstand angegeben wird, quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, woraus von ihm wie von Peregrinus und Fusarius der Schluß gezogen zu sein scheint, daß überall da, wo nicht die patria potestas als Hinderniß entgegenstünde, im Fall einer dilapidatio Caution gefordert werden könne. Ich glaube indeß, daß ein derartiger Schluß doch allzu gewagt ist, da in der angegebenen Stelle die Unmöglichkeit Caution zu erlangen, nicht in einem Verbot des Testators, sondern in dem eigenthümlichen Verhältniß des Fideicommissars zu dem Onerirten seinen Grund hat. Man würde auch ganz sicher dem Willen des Fideicommißstifters entgegenhandeln, wenn man seinem Verbot zuwider doch von dem Besitzer, sei es auch im Fall einer Deteriorirung des Fideicommißguts, eine Caution verlangen wollte; denn durch jenes Verbot hat der erstere unzweifelhaft zu erkennen gegeben, daß ihm an der Erhaltung des Fideicommißvermögens nicht so viel lag, als daran, daß die Besitzer nicht durch das Fordern einer Caution belästigt würden.

Die Verbindlichkeit des Fideicommißbesitzers, seinen Nachfolgern Caution zu leisten, fällt auch, wie dies rücksichtlich der cautio legatorum servandorum caussa stets gilt[34]), fort, den eigenen Kindern und Geschwistern gegenüber,

---

[27]) Knipschildt l. c. XII n. 34. Salza a. a. O.

[28]) L. c. I c. 15 n. 9. [29]) A. a. O. III C. 10 § 12 N. 3.

[30]) Hierbei läßt es im Anfang der dilapidatio auch Knipschildt bewenden. Es bedarf aber wohl kaum der Erwähnung, daß nach heutigem gemeinem deutschen Recht ein solches Einschreiten des Richters nicht zuläßig ist.

[31]) L. c. art. 41 n. 5. [32]) De fideicommissaria subst. qu. 607 n. 6.

[33]) Imperator Hadrianus, cum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet. Nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum condicionis propter fraudem inflixit.

[34]) L. 6 § 1 C. Ad SC. Treb. (6, 49). Nov. 22 c. 41.

es müßte denn der Stifter eine solche auch für diesen Fall ausdrücklich angeordnet haben[35]).

Was die Beschaffenheit der Caution betrifft, so war dieselbe bei den Römern eine satisdatio, bestand also in der Stellung von Bürgen. Dasselbe verlangen Molina[36]) und Knipschildt[37]) für die Majorate und neueren Familienfideicommisse. Das ist jedoch für das gemeine Recht eben so wenig für richtig zu halten, als das Bayerische Landrecht eine solche fordert. Die cautio kann vielmehr auch eine pigneratitia sein, denn die Sitte der Römer, wonach Realcautionen fast durchweg Satisdationen waren[38]), ist uns fremd.

Von den neueren Particulargesetzen über das Familienfideicommiß schließt das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch das Erforderniß der Caution ausdrücklich aus[39]), die übrigen bestimmen darüber nichts. Ob nach diesen letzteren die gemeinrechtlichen Grundsätze maßgebend geblieben, hängt davon ab, ob dieselben das gemeine Recht als subsidiaires bestehen lassen oder einen exclusiven Charakter haben. Da mehrere dieser Gesetze Familienfideicommisse auch an Capitalien zulassen, welche nicht unablösbar auf ein Grundstück gelegt sind, so erklärt sich die Abweichung vom gemeinen Recht dadurch, daß nach denselben die Familienfideicommisse meist einer gewissen Beaufsichtigung bestimmter Behörden unterworfen sind, denen auch ein positives Einschreiten gegen den Besitzer gestattet ist.

§ 11.

Ueberwachung des Familienfideicommisses.

Zu den Mitteln, welche für geeignet gelten, um den Bestand eines Familienfideicommisses zu erhalten, gehört die Anordnung eines Curators und die Unterstellung des Fideicommisses unter die Aufsicht einer Behörde. Gemeinrechtlich als nothwendiger Bestandtheil einer Fideicommißstiftung findet sich weder das Eine noch das Andere. Doch fragt sich, ob es nicht in der Macht des Stifters steht, etwas derartiges festzusetzen.

Frühere Schriftsteller erwähnen solche Curatoren oder conservatores fideicommissi zur Zeit des deutschen Reichs bei den Familiengütern des hohen Adels. Dieselben wurden sowohl auf Antrag der Interessenten, als auch ohne solchen vom Kaiser gegeben. Und zwar lag es in ihren Amtspflichten, für Beobachtung der Bestimmungen der Stiftung durch den Fideicommißbesitzer zu sorgen, Verletzungen derselben zu verhüten und solche, die bereits eingetreten, zur Kenntniß des Kaisers zu bringen[1]). Allein auf die Analogie dieser

---

[35]) Die andere Ausnahme; wenn der parens zur zweiten Ehe schreitet, ist nicht practisch, da die poenae secundarum nuptiarum m. E. kein Institut des geltenden Rechts sind.

[36]) L. c. I c. 15 n. 14. [37]) L. c. XII n. 26 sq.

[38]) L. 1 De stip. praet. (46, 5). [39]) B. G. B. § 2532 (s. o. S. 160 Note 42).

[1]) Moser, von der Reichsstände Schuldenwesen Thl. I S. 312. Derselbe,

Curatoren dürfen wir uns für die Befugniß des Fideicommißstifters, solche anzuordnen, nicht stützen, weil bei der Bestellung jener durch den Kaiser doch immer das öffentliche Interesse oder doch wenigstens die Natur eines Theils der Familiengüter eines Reichsstandes als Reichslehen in Betracht kam. Und es würde demgemäß abgesehen von particularrechtlichen Vorschriften, ein solcher Curator weder auf Antrag der Interessenten noch ex officio durch das Gericht bestellt werden dürfen. Dagegen glaube ich, dürfen wir nach Analogie des Testamentsexecutors dem Stifter allerdings das Recht einräumen, einen Curator anzuordnen. Der Testamentsvollstrecker ist nämlich dazu bestimmt, für die Ausführung des Willens des Testators zu sorgen. Und zwar kann demselben nicht nur die Vollziehung des ganzen Testaments, sondern auch die Ausrichtung einer einzelnen Anordnung desselben übertragen sein[2]). Hieraus ergiebt sich ganz naturgemäß die Befugniß des Stifters, die Ausführung des im Testament, Codicill oder Erbvertrag errichteten Familienfideicommisses einer von ihm ernannten Vertrauensperson, eben einem Executor zu übertragen. Wie nun aber ein Familienfideicommiß nicht nur in einer letztwilligen Verfügung, sondern auch durch ein Geschäft unter Lebenden angeordnet werden kann, so darf bei dem letzteren ebenfalls ein Executor ernannt werden. Einer solchen Vertrauensperson kann nicht nur die Ausführung der Fideicommißstiftung, sondern die beständige Ueberwachung des Fideicommisses übertragen werden, wie etwas Aehnliches bei der Stiftung im engeren Sinne vorkommt. Natürlich muß in diesem Fall der Stifter in irgend einer Weise dafür Sorge tragen, daß nach dem Tode des ersten Curators ein anderer an dessen Stelle trete. Das kann dadurch geschehen, daß der Stifter selbst auch die späteren Curatoren designirt, indem er z. B. bestimmt, daß immer der älteste Agnat jenes Amt führen soll, oder er kann die Wahl desselben den Agnaten überlassen, oder der das Fideicommiß überwachenden Behörde, wenn eine solche existirt; und zwar kann diese Wahl ganz frei, oder die Categorie von Personen genannt sein, aus welcher dieselbe erfolgen soll, also etwa die Agnaten, oder auch eine bestimmte Eigenschaft als nothwendiges Requisit für die Wählbarkeit angegeben sein, z. B. Rechtskenntnisse.

Soll durch die Anordnung eines solchen Curators der dabei beabsichtigte Erfolg, d. h. die Erhaltung des Familienfideicommisses auch wirklich erreicht werden, so müssen ihm ganz besondere Machtbefugnisse dem Besitzer gegenüber gegeben sein. Die diesem letzteren zustehenden Rechte, namentlich das vollständige Eigenthum am Fideicommißgut, welches jede Einwirkung der Anwärter während des Besitzes jenes ausschließt, geben diesem die Möglichkeit, den Werth des Guts durch Veräußerungen und Deteriorationen erheblich zu verringern.

Familien-Staats-Recht C. 19 § 32[a] (Thl. II S. 1208); vgl. § 52 (S. 1224). Richter, de fideicommissis familiarum p. 99 sq.

[2]) Vgl. Beseler, System § 164 N. X.

Die dem Successor gegen die Allodialerben des Vorgängers in solchem Fall zustehende Entschädigungsklage und selbst die gegen jeden Besitzer zulässige Vindication sind oftmals wenig geeignete Mittel, um den Schaden wieder zu ersetzen. Auch die vom Besitzer zu bestellende Caution gewährt wegen ihrer beschränkten Anwendbarkeit durchaus keinen hinlänglichen Schutz. Viel wirksamer kann der Stifter einer Verringerung des Fideicommißvermögens dadurch entgegenwirken, daß er für den Fall, daß der Fideicommißbesitzer sich solche Deteriorationen des Guts zu Schulden kommen läßt, wodurch demselben ein unwiderbringlicher oder doch schwer zu ersetzender Schaden erwächst, entweder die Entziehung des Guts, so daß dasselbe gleich dem nächstberechtigten Successor zufallen soll, oder auch nur Verlust der Verwaltung desselben, welches alsdann von einer anderen Person in Administration zu nehmen und für Rechnung des bisherigen Besitzers zu bewirthschaften ist, ausspricht. Alsdann ist es aber nothwendig, daß Jemandem das Recht zusteht, die Verwaltung des Fideicommißbesitzers zu überwachen und auf Entziehung des Guts oder der Verwaltung zu klagen. Das können sämmtliche Agnaten, es kann aber auch eine bestimmte Person sein, und diese erscheint dann eben als Fideicommißcurator. Freilich kann auch der Curator nur die Pflicht haben, die Agnaten oder den nächstberechtigten von der Deterioration in Kenntniß zu setzen, und denselben mit dem für den Beweis derselben erforderlichen Material zu versehen, wobei es eben diesem (seine Ermächtigung hierzu durch den Stifter natürlich vorausgesetzt) überlassen bleibt, die Klage auf Entziehung des Fideicommisses anzustellen [3]).

Daneben können dem Curator noch andere Befugnisse zustehen. So kann ihm die Stellung eines Schiedsrichters bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Fideicommißprätendenten gegeben sein. Ferner kann demselben (allein oder auch ihm und dem Besitzer zugleich) die Verwaltung der das Fideicommiß bildenden oder zu demselben gehörenden Capitalien, oder gar der Liegenschaften, welche freilich in diesem Falle durchweg zu verpachten sein würden, überlassen sein [4]), so daß dem Fideicommißbesitzer nur die Einkünfte auszuantworten wären. Freilich hätte in solchem Fall das Fideicommiß seinen eigentlichen Charakter verloren, und näherte sich schon sehr der Familienstiftung. Ja auch die Wahrnehmung der Rechte des Fideicommisses nach Außen, dritten Personen und den Behörden gegenüber, namentlich die processualische Vertretung kann dem Curator übertragen sein, was sich jedoch gleichfalls nach ge-

---

[3]) Derartige Grundsätze stellte bereits die Oesterreichische Instruction für die Fideicommißcuratoren vom 25. Februar 1763 (Cod. Austr. VI S. 404) auf. Hier, wie auch sehr häufig in Stiftungsurkunden wird dem Curator an's Herz gelegt, besondere Aufmerksamkeit der Beaufsichtigung der Forstcultur zuzuwenden.

[4]) Ohne ausdrücklichen Auftrag würde dem Curator irgend eine Einmischung in die Wirthschaftsführung des Besitzers nicht zustehen.

meinem Recht mit den aus dem Charakter des Familienfideicommisses folgenden Befugnissen des Besitzers nicht recht in Einklang setzen läßt.

Der Fideicommißcurator haftet bei der Ausrichtung seines Amts für omnis culpa, indem die in dieser Hinsicht für den Vormund gemachte Ermäßigung auf diligentia qualem suis rebus auf den Fideicommißcurator keine Anwendung findet, da die Uebernahme des Amts von seiner Seite durchaus freiwillig ist. Einen Anspruch auf Honorar hat derselbe an sich nicht, wenn schon die Aussetzung eines solchen üblich ist, da sich sonst selten Jemand zu dem Amt bereit finden wird, dagegen sind demselben alle Auslagen zu ersetzen und jeder Schaden zu vergüten, den er bei der Führung der Curatel erlitten hat.

Da die Anordnung eines Fideicommißcurators als ein Ausfluß des Rechts, ein Familienfideicommiß zu errichten erscheint, so sprechen auch die neueren Particulargesetze diese Befugniß dem Stifter gar nicht ausdrücklich zu, sondern setzen dieselbe vielmehr voraus. Das zeigt sich namentlich in dem Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse, welches an verschiedenen Stellen beiläufig von dem „Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist", spricht[5]). Aber auch nach anderen Particularrechten, in denen desselben nicht ausdrücklich Erwähnung geschieht, ist die gedachte Befugniß des Stifters außer Zweifel. Das Oesterreichische Gesetzbuch gewährt das Recht, die Ernennung eines Curators zu beantragen, den Anwärtern[6]), wodurch natürlich dem Stifter selbst die Befugniß, ebenfalls einen solchen anzuordnen, nicht abgesprochen sein soll, was sich, wie nach gemeinem Recht, daraus ergiebt, daß der Testator einen Testamentsexecutor ernennen kann[7]).

Nicht in gleicher Weise, wie die Bestellung eines Curators ist dem Stifter anheimgestellt, ob er einer bestimmten Behörde die Aufsicht über das Familienfideicommiß übertragen wolle. Das nothwendige Erforderniß hierfür ist, daß eben eine Behörde existirt, welche ein derartiges Geschäft übernimmt. Wo eine solche Beaufsichtigung der Familienfideicommisse durch eine Behörde besteht oder doch wenigstens möglich ist, da ist diese Behörde das Gericht, und es ist dies das einzig Richtige, da es sich hier um ein privatrechtliches Institut handelt, dessen Beurtheilung daher, auch abgesehen von der contentiosa iurisdictio nicht einer Verwaltungsbehörde überlassen sein kann. Dazu aber ist es natürlich nothwendig, daß den Gerichten des betreffenden Landes nicht

---

5) Edict §§ 51. 52. 61. 66. 71.

6) A. B. G. B. § 630: „Das Obereigenthum berechtiget die Fideicommiß-Anwärter, — zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiß-Curator in Vorschlag zu bringen."

7) A. B. G. B. § 816 f. — Die Ernennung eines eigenen Curators hatte die kaiserliche Entschließung vom 23. September 1733 (Cod. Austr. IV S. 810) bei den mit Schulden belasteten Familienfideicommissen angeordnet, welchem die Sorge für die Entlastung des Guts oblag.

jede verwaltende Thätigkeit ganz genommen ist, und dieselben zu reinen Spruch-collegien constituirt sind. Aber selbst das würde noch nicht genügen, denn auch, wenn den Gerichten eines Landes die freiwillige Gerichtsbarkeit zustünde, so würden sie dadurch an sich noch nicht berechtigt sein, die Aufsicht über ein Familienfideicommiß zu führen, und man darf dies namentlich nicht als einen Ausfluß ihrer obervormundschaftlichen Qualität auffassen. Dagegen würde da, wo die Bestätigung durch das Gericht zur Rechtsbeständigkeit des Fidei-commisses erforderlich ist, dasselbe Gericht, welches jene ertheilt hat, auch com-petent sein, die ihm vom Stifter aufgetragene Aufsicht über jenes zu führen. Diese Möglichkeit kann aber auch gesetzlich ausdrücklich anerkannt sein.

Der Zweck, welchen der Stifter bei einer derartigen von ihm erbetenen Beaufsichtigung des Familienfideicommisses durch das Gericht zu erreichen sucht, ist derselbe, wie der bei der Bestellung eines Curators obwaltende, nämlich Sicherstellung der Substanz. Das Gericht nimmt hierbei eine ähnliche Stel-lung ein, wie bei der Vormundschaft. Die einzelnen Befugnisse desselben richten sich freilich nach den Anordnungen des Stifters. Es kann demselben das Recht zustehen, den Curator zu ernennen, entweder auf Vorschlag der Agnaten oder ganz nach seiner Wahl, oder auch nur den von den Agnaten gewählten zu bestätigen; die Verwaltung des Besitzers oder des Curators (wo diesem solche zusteht) zu controliren; namentlich bei neuer Unterbringung der Fideicommißcapitalien die Sicherheit und Stiftungsmäßigkeit zu prüfen und dann seine Autorisation dazu zu geben. In dieser letzteren Hinsicht pflegt die Bestimmung getroffen zu werden, daß die über die Capitalien ausgestellten Urkunden an das Gerichts-Depositorium einzuliefern, sowie auch an dieses meist nur die Rückzahlung der Capitalien erfolgen kann.

Wie aber eine solche Beaufsichtigung des Fideicommisses durch ein be-stimmtes Gericht unter den oben angegebenen Voraussetzungen durch den Stifter veranlaßt werden darf, so kann auch durch die Gesetzgebung selbst eine gewisse Ueberwachung oder doch eine Mitwirkung eines Gerichts bei bestimmten Angelegenheiten vorgeschrieben sein.

Das findet sich im österreichischen Recht. Schon das Hofdecret vom 23. September 1785[8]) schrieb vor, daß die zum Fideicommiß gehörigen Obligationen sogleich zu Gerichts Händen deponirt werden sollten. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durfte der Verkauf der liegenden Fideicommißgüter, sowie deren Vertauschung und Vererbpachtung nur unter Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde stattfinden[9]). Dasselbe gilt von der erlaubten Verschuldung des Fideicommisses[10]) und der Aufhebung des Fideicommißnexus[11]). Die hier genannte ordentliche Gerichtsbehörde ist der persönliche Richter des

[8]) Justiz-Gesetz-Sammlung von 1785 S. 110 lit. e.
[9]) A. B. G. B. § 633 f. [10]) A. B. G. B. § 635.
[11]) A. B. G. B. § 644.

ersten Besitzers, welcher für alle folgenden Successoren, nach der von Wildner[12]) bezeugten Praxis auch dann competent bleibt, wenn dieselben ein anderes Domicil haben. Der persönliche Richter wurde zur Fideicommißbehörde durch ein Hofdecret vom 23. August 1784[13]) bestellt, und daß hieran durch das Bürgerliche Gesetzbuch nichts geändert ist, geht daraus hervor, daß dasselbe nur von der ordentlichen Gerichtsbehörde spricht, ohne näher anzugeben, ob dies der persönliche Richter des ersten oder jedesmaligen Besitzers oder der iudex rei sitae sein soll.

Nach Preußischem Landrecht ist die Mitwirkung des Richters überall da erforderlich, wo ein das Fideicommiß betreffendes Rechtsgeschäft nur durch einen Familienschluß zu Stande kommen kann[14]), indem ein solcher Familienschluß der gerichtlichen Bestätigung bedarf[15]), und außerdem bei der Aufnahme nothwendiger Darlehne auf die Einkünfte des Fideicomisses, wobei die Feststellung der Erforderniſſe und der Abschluß des Geschäfts vor Gericht erfolgen soll[16]). Dieser Richter ist im ersteren Fall der, durch welchen das Fideicommiß bestätigt worden, im letzteren der iudex rei sitae, indem dieser Fall nur bei solchen Fideicommissen eintreten kann, deren Gegenstand ein Grundstück bildet[17]). Auf die richterliche Mitwirkung bei der Aufnahme von Familienschlüssen bezieht sich das Gesetz über Familienschlüsse bei Familien-Fideicommissen, Familienstiftungen und Lehnen vom 15. Februar 1840, indem es im § 2 die landrechtliche Bestimmung durch die Vorschrift erläutert: „Die Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung des Familienschlusses steht in allen Fällen dem Fideicommiß-Richter (§ 29 Tit. 4 Theil II des Allgemeinen Landrechts) zu". Der hier genannte Fideicommißrichter ist, wie die Verweisung auf § 29 A. L. R. II, 4 ergiebt, der Richter, von welchem die Bestätigung des Fideicommisses ausgegangen. Wie diese letztere, so ist auch die Mitwirkung bei Aufnahme von Familienschlüssen und von Darlehnen durch das Gesetz vom 5. März 1855[18]) dem Appellationsgericht, in dessen Sprengel das Familienfideicommiß belegen, übertragen.

Noch weiter als diese Gesetze geht das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse. Nach diesem hat der Fideicommißrichter für die Erhaltung der Substanz des Fideicommisses, wie für die Erfüllung der Bestimmungen der Stiftungsurkunde zu sorgen. Dies ergiebt sich — denn die

---

[12]) Fideicommiß-Recht S. 112.

[13]) Justiz-Gesetz-Sammlung von 1784 S. 391.

[14]) § 76 A. L. R. II, 4. [15]) § 77 A. L. R. II, 4. § 46 ebendas.

[16]) § 80 A. L. R. II, 4. — § 101 ebendas.: „Die Regulirung eines solchen Darlehnsgeschäfts muß allemal gerichtlich erfolgen."

[17]) § 102 A. L. R. II, 4: „Der Richter, unter welchem das Fideicommiß gelegen ist, muß dabei von Amtswegen dahin sehen, daß die vorstehenden Erfordernisse beobachtet werden."

[18]) § 1 (s. o. S. 138 Note 218).

Fassung des § 14 läßt darüber Zweifel — aus § 43 N. 3 und 4, wonach die Anwärter berechtigt sind, „eine üble Verwaltung der Fideicommiß-Güter dem Gerichte anzuzeigen", und „überhaupt sowohl für Erhaltung der Substanz, als für Erfüllung der fideicommissarischen Anordnungen zu wachen, und darüber in den geeigneten Fällen die gerichtliche Hülfe nachzusuchen". Denn diese Bestimmungen, und namentlich die erstere können nicht auf den Proceßrichter, sondern nur auf eine Aufsichtsbehörde bezogen werden. Daraus erklärt sich, daß die Prüfung und Genehmigung des Fideicommißrichters überall da nothwendig ist, wo durch ein Rechtsgeschäft auf die Substanz des Fideicommisses eingewirkt werden soll, so bei allen Veräußerungen und sonstigen Verfügungen über einzelne Objecte des Fideicommisses, wodurch diese selbst dem letzteren entzogen werden[19]), demgemäß auch bei der Contrahirung von Schulden, für welche die Substanz des Fideicommisses als Pfand haftet[20]), aber auch bei der von solchen, für welche nur die Früchte verhaftet sind[21]), vorausgesetzt, daß dieselben auf den Fideicommißsuccessor übergehen[22]); endlich

---

[19]) Edict § 49: „Zu allen Veräußerungen, desgleichen zu allen Veränderungen an der Substanz des Fideicommisses, z. B. durch Ankauf eines Gutes aus den vorhandenen Fideicommiß-Capitalien, durch Ablösung fruchtbringender Real-Rechte wird nach Vernehmung der Anwärter die Genehmigung des Gerichts erfordert." § 51: „Das Gericht muß alle bekannten Anwärter, und wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Curatoren, dann den Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist, darüber vernehmen, alle Verhältnisse genau prüfen und nach reifer Erwägung der Gründe die Genehmigung ertheilen oder abschlagen." § 65. § 66. Der § 50 bestimmt dann noch: „Sind mit einem Fideicommisse lehen-, erbzins- oder erbrechtsbare Güter verbunden, so muß auch noch die Einwilligung des Lehen- oder Grundherrn, und hinsichtlich der durch Königl. Dotation gegründeten Fideicommisse die Königl. Einwilligung vorher erhohlt werden." Die erste Bestimmung dieses § ergiebt sich aus der besonderen Natur der hier in Rede stehenden Güter, und ist keine Folge der Fideicommißqualität. Die zweite Bestimmung ist dagegen eine ganz positive, und darf namentlich nicht analog zur Anwendung gebracht werden bei den Fideicommissen, zu deren Errichtung königliche Genehmigung erforderlich war.

[20]) Edict § 57: „Diese Schulden (scil. Fideicommißschulden erster Classe) sollen vom Gericht erst nach vorläufiger Untersuchung, ob sie überhaupt und in dem verlangten Maße sich zu einer solchen Fideicommiß-Schuld eignen, und in zweifelhaften Fällen nach Vernehmung der Anwärter in die Fideicommiß-Matrikel eingetragen werden." Für diese Fideicommißschulden erster Classe haftet nämlich die Substanz des Fideicommisses: § 54.

[21]) Solche nennt das Edict Fideicommißschulden zweiter Classe: § 54.

[22]) Edict § 58: „Zu den Fideicommiß-Schulden zweiter Classe werden außer den im § 39 Nr. 2 bemerkten Schulden diejenigen gerechnet, welche das Gericht den folgenden Bestimmungen gemäß nach Genehmigung der Anwärter genehmigt hat." Die im § 39 N. 2 genannten Schulden sind Schulden des Stifters. Die näheren Bedingungen, unter denen das Gericht seine Einwilligung zu ertheilen hat, stellt § 61 auf.

bei der, nach dem Edict möglichen, Auflösung des Familienfideicommisses durch übereinstimmenden Beschluß sämmtlicher Familienglieder [23]). Weiter soll der Fideicommißrichter die über Forderungen, welche dem Fideicommiß zustehen, sprechenden Documente, wenigstens auf Antrag der Anwärter, in Verwahrung nehmen [24]). Sodann hat derselbe bei Deteriorationen des Besitzers gleichfalls auf Verlangen der Anwärter demselben die Administration des Guts zu entziehen, und diese einem Anderen zu übertragen, bewegliche Sachen aber, die zum Fideicommiß gehören, in dem gleichen Falle einem Familiengliede in Verwahrung zu geben oder selbst in Asservation zu nehmen [25]). Die Fideicommißbehörde ist in Bayern das Appellationsgericht, in dessen Sprengel das Fideicommißvermögen, oder wenn dieses in den Bezirken verschiedener Appellationsgerichte belegen ist, das Hauptobject desselben sich befindet [26]). Und zwar

---

[23]) Edict § 97: „Durch gemeinsames Einverständniß aller Familienglieder kann ein Familien-Fideicommiß nur alsdann aufgelöst werden, wenn der Familie durch die Auflösung ein ausgezeichneter und fortdauernder Nutzen zugeht, oder wenn solche gebietende Umstände eintreten, welche bey einer Familie die Auflösung des Fideicommisses nothwendig machen. Dabei muß 1) das Vorhaben, den bestehenden Fideicommiß-Verband aufzulösen, mit den Gründen, aus welchen die Auflösung gesucht wird, und mit dem Auflösungs-Plane dem einschlägigen Appellations-Gerichte vorgelegt, und von demselben nach vollständiger Instruction der Sache geprüft werden. 4) Das Appellations-Gericht prüft die Sache, erwägt die für oder gegen die Auflösung vorgebrachten Gründe, berücksichtiget die dabey etwa verflochtenen und ungekränkt zu belassenden Rechte Dritter und faßt wegen Versagung oder Ertheilung der Genehmigung die geeignete Entschließung".

[24]) Edict § 43: — „sind die Anwärter berechtiget — 2) zu verlangen, daß die Schuldbriefe über die zum Fideicommiß gehörigen Capitalien auf den Nahmen des Fideicommisses als Gläubiger gestellt, und bey Gericht zur Verwahrung hinterlegt werden".

[25]) Edict § 71: „Zeigt sich bey einem Fideicommiß-Besitzer eine dem Fideicommisse verderbliche Wirthschaft, so kann und soll das Fideicommiß auf Anrufen der Interessenten oder des benannten Fideicommiß-Vertreters vom Gericht in Administration gesetzt werden. Läßt sich aus der erwiesenen übeln Wirthschaft des Besitzers nur eine Gefahr für die in dessen Händen befindlichen beweglichen Zugehörungen des Fideicommisses befürchten, so können ihm auf Anrufen der Interessenten diese abgenommen, und einem Familiengliede zu Verwahrung übergeben, oder nach Umständen selbst in gerichtliche Verwahrung genommen werden."

[26]) Edict § 14: „Alle Handlungen, welche sich auf die Bestätigung des Fideicommisses beziehen, oder sonst die Genehmigung des Gerichts erfordern, sowie die Führung der Fideicommiß-Matrikel sind dem Appellations-Gerichte zugewiesen, in dessen Bezirke das Fideicommiß-Vermögen gelegen ist. Liegen die Güter unter verschiedenen Appellations-Gerichten, so ist dasjenige zuständig, in dessen Bezirke sich das Hauptobject des Fideicommisses befindet". Derselbe § giebt dann noch Vorschriften über das Verfahren in nicht streitigen Fideicommiß-Sachen. Er bestimmt nämlich weiter: „In Fideicommiß-Sachen sollen die Appellations-Gerichte

ist die Bearbeitung der Fideicommißsachen einem besonderen ständigen Senat übertragen[27]). Auch wird im Interesse der Rechtssicherheit und zur Erhaltung der Klarheit über die Verhältnisse der einzelnen Familienfideicommisse bei jedem Appellationsgericht eine Matrikel geführt, welche sämmtliche Fideicommisse des Bezirks enthält und auch alle Momente angiebt, die für die Beurtheilung der Beschaffenheit des Fideicommisses selbst von Wichtigkeit sind[28]).

Auch das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 bestellt den Richter, in dessen Bezirk das Fideicommißgut oder bei mehreren Gütern das Hauptgut belegen ist, zur Fideicommißbehörde[29]), welche auf Ansuchen der Anwärter gegen den Besitzer, wenn er sich eine schlechte Verwaltung zu Schulden kommen läßt, einzuschreiten hat[30]), und bei Veräußerungen einzelner Bestandtheile des Fideicommißvermögens, oder sonstigen über die Lebenszeit des Besitzers hinausreichenden Verfügungen über solche den hierzu erforderlichen Consens der Agnaten unter bestimmten Voraussetzungen suppliren kann[31]).

Nach dem Braunschweigischen Gesetz vom 20. Mai 1858 besteht zwar keine eigentliche Aufsichtsbehörde für die Familienfideicommisse, doch hat das competente Gericht, und das ist der iudex rei sitae, die Befugniß bei Dete-

---

durch Vorrufung der Betheiligten in Person oder durch Special-Bevollmächtigte in commissionellen Zusammentritten alle weitläufige Verhandlung abzuschneiden suchen. Gegen die Entschließungen der Appellations-Gerichte in Fideicommiß-Sachen finden Rechtsmittel, wie in streitigen Rechtssachen statt".

[27]) Vgl. Pözl, Bayerisches Staats-Verf.-Recht § 46 S. 90.

[28]) Edict § 16: „Bey jedem Appellations-Gerichte wird eine eigene Matrikel geführt, welche die in dessen Bezirke befindlichen Familien-Fideicommisse, mit einer vollständigen Anzeige des dazu gehörenden sowohl Grund- als andern Vermögens, dessen Ab- und Zugänge, die darauf haftenden Lasten und Schulden, die zur Tilgung der Schulden und Ergänzung oder Vermehrung der Substanz festgesetzten Fristen, dann alle an dem Fideicommisse mit Genehmigung des Gerichts vorgegangenen Veränderungen enthält. Jeder Betheiligte kann die Einsicht dieser Matrikel verlangen. Das Staats-Ministerium der Justiz hat für die Anlegung und Fortsetzung derselben besondere Obsorge zu tragen".

[29]) Gesetz vom 13. September 1858 Art. 6.

[30]) Art. 17: „Die Anwärter sind berechtigt, über die Erhaltung der Substanz des Fideicommiß-Vermögens zu wachen, in den Fällen, in welchen dem Fideicommiß-Besitzer die Tilgung von Fideicommiß-Schulden obliegt, den Beweis der Zahlung derselben zu verlangen und im Falle einer üblen Verwaltung des Fideicommisses bei dem nach Art. 6 zuständigen Gericht auf Abhülfe zu dringen".

[31]) Art. 20: „Beziehen sich die im vorigen Artikel bezeichneten Rechtsgeschäfte (scil. Verpfändung, Veräußerung, Vertauschung, Hingabe an Zahlungsstatt oder im Vergleichswege, Beschwerung des Fideicommisses mit ständigen oder über die Lebenszeit des Besitzers hinaus dauernden Lasten) nur auf einzelne Theile des Fideicommiß-Vermögens, so kann das Gericht (Art. 6) die Einwilligung der Anwärter oder Einzelner derselben ergänzen"—.

riorirung des Fideicommißguts von Seiten des Besitzers und Ueberschreitung der ihm zustehenden Befugnisse auf Antrag eines der Anwärter, die Sequestration des Guts zu verfügen[32]).

§ 12.
IV. Widerruf der Fideicommißstiftung.

Wie nicht ein bestimmtes Rechtsgeschäft für die Begründung eines Familienfideicommisses vorgeschrieben ist, so läßt sich auch auf die Frage, ob eine Fideicommißstiftung vom Stifter frei widerrufen werden könne, keine allgemeine Antwort geben, sondern es sind hierbei die verschiedenen Formen einer Fideicommißstiftung aus einander zu halten. Darauf weist auch das Bayerische Landrecht hin, wenn es im Th. III C. 10 § 21 N. 1 bestimmt: „Wird ein Fideicommiss auf die nemliche Art wie all andere Dispositiones inter Vivos et Mortis causa aufgehoben, nachdeme es nemlich auf ein oder andere Weis gemacht ist".

Daß ein durch Testament begründetes Familienfideicommiß, wie dies auch den älteren Juristen durchaus nicht zweifelhaft war[1]), vom Stifter bis zu seinem Tode unbedingt widerrufen werden könne, liegt auf der Hand, denn da ultima voluntas ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum, so muß in gleichem Maße auch jede auf einer derartigen Willenserklärung beruhende Anordnung bis zum Tode des Disponirenden der Veränderung unterworfen sein. Hierbei wird natürlich vorausgesetzt, daß der Stifter den Widerruf in einer Form erklärt, welche zur Aufhebung eines Testaments genügt. Ganz dasselbe gilt von einer durch Codicill begründeten Fideicommißstiftung, nur daß hier die Aufhebung rücksichtlich der Form eine viel freiere ist.

Bei einem durch einseitiges Geschäft unter Lebenden begründeten Fidei-

---

[32]) Gesetz vom 20. Mai 1858 § 7: „Gegen einen Stammguts-Besitzer, der eine Guts-Verpachtung ohne Landesherrlich genehmigte Sicherstellung der Inventariengelder (§ 3) unternimmt, oder der die Substanz des Stammguts durch übermäßige Benutzung der Waldungen oder auf andere Weise durch üble Verwaltung wesentlichen Nachtheilen oder Gefahren aussetzt, kann auf Antrag eines Mitgliedes der zur Succession berufenen Familie die Sequestration für eine angemessene, gerichtsseitig zu bestimmende Zeit oder für die Lebensdauer eines solchen Stammguts-Inhabers vom competenten Gerichte verfügt werden". — An Stelle der nach anderen Particularrechten zu gewissen Geschäften erforderlichen Genehmigung des Gerichts ist hier die landesherrliche gesetzt, nämlich bei der Aufnahme von Fideicommißschulden, der Veräußerung von Pertinenzen der Fideicommißgüter: § 3, und der Aufhebung der Stammgutsqualität durch Uebereinkunft des Besitzers und sämmtlicher lebender Anwärter: § 8.

[1]) **Molina**, de Hispan. primog. IV c. 2 n. 2. **Knipschildt**, de fideicommissis familiarum XVI n. 39—42.

commiß kann von Widerruf nicht die Rede sein, wenn der erste Besitzer eine andere Person als der Stifter selbst ist, und die Stiftung unbedingt und unbetagt ist, da gleich mit der Stiftung das Fideicommiß in's Leben tritt, das Object des Fideicommisses durch ein gültiges Rechtsgeschäft in das Eigenthum des zuerst zum Besitz des Fideicommisses Berufenen übergegangen und demgemäß ganz und gar der Einwirkung des Stifters entzogen ist[2]). Ganz ebenso liegt die Sache, wenn der Stifter selbst der erste Besitzer des Fideicommisses ist. Freilich behält er in diesem Fall die zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände, allein dieselben unterliegen doch nicht mehr seinem Verfügungsrecht, da sein Eigenthum nunmehr durch das zu Gunsten der durch die Stiftung berufenen Successoren gesetzte Veräußerungsverbot beschränkt ist, und demnach jede Verfügung über die gedachten Gegenstände, durch welche er dieselben jenen zu entziehen versuchte, eine widerrechtliche wäre. Dagegen steht bei einer bedingten oder betagten Disposition unbedenklich dem Stifter der Widerruf frei, denn da hier kein Vertrag vorliegt, ist auch keine Acceptation von einer anderen Seite erfolgt, ein einseitiges Versprechen ist aber, von den ganz bestimmten Ausnahmen abgesehen, für den Versprechenden nicht bindend[3]).

In Preußen war es früher streitig, ob ein Familienfideicommiß, welches erst beim Tode des Stifters in's Leben treten, und bei welchem dem Letzteren der Widerruf freistehen sollte, nur durch eine letztwillige Verfügung oder auch durch ein Geschäft unter Lebenden errichtet werden könnte; ob daher bei einer zu Lebzeiten des Stifters bestätigten Stiftung das Fideicommiß sofort in's Leben trete, und damit alle einseitigen Dispositionen des ersteren ausgeschlossen wären oder nicht. Eine überwiegende Praxis ließ jedoch, wie aus einem in einer Fideicommißsache dem Cabinet abgestatteten Bericht des Justiz-Ministers vom Jahre 1844 hervorgeht, in diesem letzteren Falle einen Widerruf der Stiftung zu.

Bei vertragsmäßig errichteten Familienfideicommissen aber kann, ohne Rücksicht darauf, ob das Fideicommiß noch bei Lebzeiten beider Contrahenten, oder erst nach dem Tode beider oder eines von ihnen in Kraft treten sollte, ob es zu Gunsten eines der Contrahenten selbst oder eines Dritten begründet war, die Stiftung nicht durch einen Contrahenten einseitig widerrufen werden. Diese Unwiderruflichkeit der vertragsmäßig errichteten Familienfideicommisse wird auch von Knipschildt[4]), Böhmer[5]) und Dalwigk[6]) vertheidigt. Natürlich kann dasselbe durch den übereinstimmenden Willen beider oder sämmtlicher Contrahenten aufgehoben werden, freilich ein zu Gunsten eines Dritten be-

---

[2]) Vgl. Knipschildt l. c. XVI n. 47 und die daselbst citirten Juristen.
[3]) Das ist auch die Ansicht von Molina (l. c. IV c. 2 n. 58—77).
[4]) L. c. XVI n. 44—46.
[5]) Exercitationes ad pandectas II p. 442 sq. [6]) Erbrecht III S. 65.

gründetes Fideicommiß nur so lange, als nicht dieser letztere dem Vertrage beigetreten ist.

Die hier vorgetragenen Grundsätze sind auch durch das Oesterreichische Gesetzbuch und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse aufgestellt. Ersteres bestimmt im § 628: „Der Fideicommiß-Stifter hat das Recht, die Errichtung des Fideicommisses zu widerrufen, so lange noch Niemand durch die Uebergabe oder durch Vertrag ein Recht erworben hat". Und ebenso heißt es im Bayerischen Edict § 94: „Der Stifter eines Fideicommisses kann dasselbe auch nach erlangter gerichtlicher Bestätigung widerrufen oder abändern, so lange noch Niemand durch die Uebergabe oder durch Vertrag daran ein Recht erworben hat." Dagegen läßt das Braunschweigische Gesetz vom 20. Mai 1858 bei einem gültig errichteten Fideicommiß einen Widerruf nicht zu[7]).

Molina und Knipschildt gestatten den Widerruf, wo er sonst nicht zulässig sein sollte, letzterer freilich nur dann, wenn die Fideicommißerrichtung als Schenkung erscheint, aus den Gründen, aus welchen auch eine Schenkung widerrufen werden kann, nämlich wegen nachgeborener Kinder[8]) und wegen Undanks[9]), wobei sie sich jedoch nicht auf die in L. fin. C. De revoc. don. (8, 56) aufgeführten fünf Gründe beschränken zu müssen, sondern auch andere ähnliche, namentlich gewichtigere denselben gleichstellen zu dürfen glauben[10]). Daß aber diese Ansicht unhaltbar sei, ist schon oben ausgeführt worden[11]). Freilich nur mit Rücksicht auf den Widerruf wegen Undanks; einen Widerruf wegen nachgeborener Kinder giebt es nach der m. E. richtigen Ansicht[12]) heutzutage nicht. Eben so wenig wie aber der Stifter aus diesem zuletzt angegebenen Grunde die Disposition widerrufen kann, wird dieselbe, wenn sie eine letztwillige ist, stets ipso iure ungültig agnatione postumi, da, was allerdings bestritten ist[13]), das alte Präteritionssystem neben der Novelle 115 nicht mehr zur Anwendung kommt. Auch in Folge der Klage des postumus wird das Testament nur ungültig quoad institutiones heredum.

Particularrechtlich finden sich hiervon freilich Ausnahmen, so nach Preußischem Landrecht und dem Oesterreichischen Gesetzbuch. Ersteres kommt hier

---

7) Gesetz vom 20. Mai 1858 § 1: — „Die Familien-Stammguts-Begründung — bedarf zu ihrer Gültigkeit der Landesherrlichen Bestätigung und wird, sobald diese ertheilt ist, unwiderruflich, auch sofort wirksam, wenn nicht der Eintritt ihrer Wirksamkeit in der Stiftungsurkunde selbst bis zu einem späteren Zeitpunkte hinausgesetzt ist."

8) Molina l. c. IV c. 2 n. 81. Knipschildt l. c. XVI n. 60.

9) Molina l. c. I c. 9 n. 31. Knipschildt l. c. n. 61 sq.

10) Molina l. c. n. 32 sq. Knipschildt l. c. n. 63.

11) S. 120.

12) Keller, Pandekten § 68.

13) S. Vangerow, Pandekten § 486; dagegen aber Puchta, Pandekten § 493.

in so fern in Betracht, als durch ein nach errichtetem Testament geborenes Kind jenes rumpirt wird, wenn der Testator erst nach Ablauf eines Jahres nach der Geburt desselben gestorben ist[14]), was natürlich auch auf testamentarisch errichtete Familienfideicommisse Anwendung findet. Das Oesterreichische Gesetzbuch stellt aber als allgemeine Regel für jede Form der Fideicommißerrichtung, und zwar sowohl für Universal- als Singularfideicommisse den Satz auf (§ 628): — „Der Wille (scil. des Fideicommißstifters) wird als widerrufen angesehen, wenn dem Erblasser ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideicommisse nicht begriffen ist, geboren wird". Daraus folgt, daß das Fideicommiß nicht ungültig wird, wenn der postumus bereits durch den Stifter eventuell zur Succession in jenes berufen ist[15]).

Wo eine Fideicommißstiftung widerruflich ist, da wird der Widerruf auch dann nicht unzulässig, wenn dieselbe gerichtlich oder landesherrlich genehmigt oder bestätigt ist. Denn mag die Genehmigung oder Bestätigung den Bestimmungen des betreffenden Particularrechts zufolge ein wesentliches Requisit der Fideicommißerrichtung oder die Bestätigung von den Interessenten freiwillig nachgesucht sein, so erhält dadurch die Fideicommißstiftung keine andere Natur als die unbestätigte (vorausgesetzt, daß eine solche überhaupt gültig ist). Das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse hat dies auch, wie der oben angeführte § 94 zeigt, rücksichtlich der gerichtlichen Bestätigung ausdrücklich anerkannt. In Betreff der landesherrlichen sagt zwar eine preußische in einer Fideicommißsache erlassene Cabinets-Ordre vom 1. März 1844, es könne dem einseitigen Ermessen des Stifters nicht überlassen werden, eine vom Landesherrn bestätigte Stiftung willkürlich wieder aufzuheben und die landesherrliche Bestätigung illusorisch zu machen. Allein das ist natürlich kein juristischer Grund gegen die Widerruflichkeit einer derartigen Stiftung. Molina[16]) läßt demzufolge die Stiftung nur dann unwiderruflich sein, wenn die landesherrliche Bestätigung mit der Maßgabe, daß jene nicht widerrufen werden dürfe, ertheilt worden. Allein auch eine derartige Bestimmung hat nur eine beschränkte Tragweite. Denn eine derselben zuwiderlaufende Handlung, also eine Disposition des Stifters über die Fideicommißgüter, sei es, daß ein ausdrücklicher Widerruf vorangegangen, oder in der Disposition über das Fideicommißvermögen selbst ein stillschweigender zu suchen ist, kann nicht für nichtig angesehen werden, weil es dazu erforderlich wäre, daß das Fideicommiß auch wirklich in Folge jener Bestimmung in Kraft getreten, und demgemäß der Stifter geradezu als erster Fideicommißbesitzer erschiene. Auch könnten die Fideicommißinteressenten auf Einhalten jener Clausel nicht dringen, weil

[14]) § 454 A. L. R. II, 2. §§ 450. 451 ebendas.

[15]) Diese von Zeiller, Commentar zum Oesterr. A. B. G. B. zu § 628 gezogene consequente Folgerung hält Dalwigk a. a. O. S. 65 f. verkehrter Weise für irrig.

[16]) L. c. IV c. 2 n. 54.

dies den Erwerb der denselben durch die Stiftung zugedachten Vortheile oder wenigstens des Rechts darauf voraussetzen würde. Demgemäß würde in dem für den Landesherrn selbst an der Beobachtung jener Vorschrift vorhandenen (freilich nicht vermögensrechtlichen) Interesse und dem Recht, jene zu verlangen, die einzige Garantie für die Unwiderruflichkeit einer solchen Fideicommißstiftung liegen.

Drittes Capitel.

Die Rechtsverhältnisse der Fideicommißinteressenten.

I. Die Rechtsverhältnisse des Fideicommißbesitzers.

§ 13.

Natur des Rechts des Fideicommißinhabers.

Welche Befugnisse dem Fideicommißbesitzer zustehen, welchen Beschränkungen derselbe unterworfen sei, darüber stimmen im Großen und Ganzen die Juristen überein, jedoch sehr controvers ist die Frage, welches denn die Natur und das Wesen des ihm am Fideicommißgut zustehenden Rechts im Allgemeinen sei. Die Beantwortung der Frage ist nicht nur theoretisch von Bedeutung, sondern hat auch ihre practische Bedeutung.

Schon frühzeitig stritt man darüber, ob dem Fideicommißbesitzer ususfructus oder dominium zustünde[1]). Beschränkte man aber den Fideicommißbesitzer auf den Nießbrauch, so mußte die Frage aufgeworfen werden, wem die proprietas zuzusprechen sei. Das machen auch bereits Molina[2]) und Knipschildt[3]) denen gegenüber geltend, welche jenes annahmen, indem sie darauf hinweisen, daß das Eigenthum doch nicht in der Luft schweben, eben so wenig aber den Erben des Stifters, noch auch den Fideicommißsuccessoren zustehen könne. Dies letztere scheint aber in der That in der älteren spanischen Praxis für möglich gehalten zu sein, indem Molina[4]) bemerkt, daß bei manchen ihm bekannten Majoratsstiftungen sich die Anordnung finde, der Besitzer solle lediglich Usufructuar sein, das Eigenthum dagegen stets dem folgenden Successor zustehen. Eine solche Anordnung[5]) hält nun sowohl Mo-

[1]) S. Molina, de Hispan. primog. I c. 19 n. 1—17. Knipschildt, de fideicommissis familiae X n. 1—17.

[2]) L. c. n. 9. [3]) L. c. n. 11. [4]) L. c. n. 35 sq.

[5]) Als Grund für derartige Anordnungen giebt Molina (l. c. n. 37) an, man wolle dadurch verhindern, daß die Güter bei einer gegen den Besitzer verhängten Vermögens-Confiscation dem Fiscus für immer zufielen. Er selbst mißbilligt eine

lina als Knipschildt[6]) für rechtsbeständig, cum per provisionem hominis a provisione legis recedatur, und es ja dem Testator unbenommen sei, Einem den Usufruct, dem Anderen die Proprietät deducto usufructu zu legiren. Läßt sich nun aber auch nicht leugnen, daß das vermittelnde Recht durch Privatwillkür abgeändert werden kann, so darf man doch nicht dasselbe von Rechtsbegriffen behaupten. Ein Rechtsverhältniß, welchem nicht die Merkmale des Nießbrauchs oder Eigenthums innewohnen, kann durch den Willen der Betheiligten nicht dafür erklärt werden. Daß es aber unsinnig sei, dem jedesmaligen Successor das Eigenthum am Fideicommißgut beizulegen, darauf hat bereits Duncker[7]) hingewiesen. Es ist weder ersichtlich, wie man sich als Eigenthümer einen möglicher Weise noch gar nicht existirenden Nachfolger, noch wie man sich im Moment, wo dieser zur Succession gelangt, in seiner Person die Verwandelung des Eigenthums in einen bloßen Nießbrauch, sowie den Uebergang des Eigenthums auf den alsdann nächsten Anwärter juristisch zu denken hat. Auch würde eine solche Annahme offenbar dem Rechtssatz widersprechen, daß vor Eintritt des Termins oder der Bedingung das Eigenthum an der ex die oder sub condicione Jemandem übertragenen Sache diesem nicht zusteht[8]). Eben so unmöglich ist es aber, den Erben des Stifters das Eigenthum zuzusprechen; denn alsdann wäre der ususfructus an sich perpetuus, die nuda proprietas daher ganz bedeutungslos semper abscedente usufructu[9]), und wo sollte dann das Eigenthum bleiben, wenn der Stifter das Fideicommiß errichtet für seinen einzigen Sohn und dessen Descendenten und sonstige nächste Verwandte, außerdem aber keinen Erben ernennt, oder in Ermangelung von Intestaterben testamentarisch zu einem solchen sein ganzes Vermögen widmet zu Gunsten eines extraneus und dessen Descendenz, oder

---

solche Fassung, indem durch dieselbe der beabsichtigte Zweck nicht erreicht würde, weil der sequens successor derselben Gefahr, die man bei dem gegenwärtigen Besitzer vermeiden wolle, unterworfen sei. Er schlägt daher, wenn man überhaupt eine solche Bestimmung treffen wolle, vor, dieselbe so zu verclausuliren, der Majoratsbesitzer solle in der Hinsicht, daß die Majoratsgüter nicht confiscirt noch veräußert werden dürften, Usufructuar, in den anderen Beziehungen wahrer Eigenthümer sein.

[6]) L. c. n. 18.

[7]) Das Gesammteigenthum (Marburg 1843) S. 123.

[8]) L. 45 § 1 De legat. II (31): Si sub condicione vel ex die certa nobis legatum sit, ante condicionem vel diem certum repudiare non possumus, nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat vel condicio existat.

[9]) L. 56 De usufr. (7, 1): An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est: qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. L. 8 De usu et usufr. (33, 2).

endlich, wenn die beim Erwerb des Fideicommisses durch den zuerst Berufenen vorhandenen Erben des Stifters sämmtlich nachher sterben, ihren ganzen Nachlaß aber gleichfalls dem von ihrem Erblasser gestifteten Fideicommiß zuwenden. Diese Ansicht, welche auch in der späteren Zeit ihre Vertreter hatte[10]), erhielt in diesem Jahrhundert eine neue Begründung. Pfeiffer[11]) will nämlich dem Inhaber des Stammguts Eigenthum daran nicht zusprechen, eben so wenig aber den zur Succession berufenen Personen. Ersterer habe nur Besitz und Genuß, letzteren stehe nur ein eventuelles Recht hierauf zu. Zum Beweise der Möglichkeit, daß ein solches Gut gar keinen Eigenthümer habe, führt Pfeiffer den Fall an, daß Jemand dem Einen den Nießbrauch einer Sache auf Lebenszeit, dem Anderen das Eigenthum derselben auf des Ersteren Todesfall vermache; wo auch während des Lebens des Usufructuars Niemand Eigenthümer der Sache sei. Er beruft sich ferner auf den anderen Fall, wo durch Verjährung der wahre Eigenthümer sein Recht an einer Sache verloren, dennoch aber der gegenwärtige Besitzer wegen irgend eines mangelnden Erfordernisses das Eigenthum derselben noch nicht habe erwerben können. Indeß weder durch das eine noch durch das andere Beispiel wird die von Pfeiffer aufgestellte Behauptung erwiesen. In dem ersten ist jedenfalls die Ansicht desselben, daß zu Lebzeiten des Usufructuars Niemand Eigenthümer sei, irrig, indem, wie schon Duncker[12]) bemerkt, während dieser Zeit sicher der Erbe Eigenthümer der in Rede stehenden Sache ist. Was aber das andere Beispiel betrifft, so widerlegt Pfeiffer sich selbst in einer anderen Abhandlung seiner vermischten Aufsätze[13]), wo er ausdrücklich bemerkt, daß in solchem Falle in der That das Recht selbst noch nicht verloren gehe, sondern daß es nur an einem Mittel fehle, dasselbe auszuüben und zu verfolgen. Die oben angegebene Behauptung Pfeiffer's würde nur dann an diesem Beispiel eine Stütze finden, wenn die Klagverjährung die Wirkung hätte nicht nur die Klage sondern auch das Recht aufzuheben. Daß dies aber bei actiones in rem[14]), welche hier doch lediglich in Betracht kommen können, nicht der Fall ist, wird heutzutage nicht mehr bestritten[15]). Pfeiffer hält indeß diese Annahme zur Begründung seiner Ansicht nicht für durchaus nothwendig, sondern meint[16]), daß es sich rechtfertigen lasse, den Staat als interimistischen Eigenthümer zu betrachten. Dieser gestatte nämlich durch seine Gesetze die Gültigkeit letztwilliger

---

[10]) Cothmann, responsa iur. (Francof. 1613 sqq.) t. IV resp. 34.

[11]) Einige besondere Bemerkungen über Stammgüter des niedern Adels; in seinen vermischten Aufsätzen. S. 5 ff. Dieser Aufsatz ist hier deshalb in Betracht zu ziehen, wel Pfeiffer die Stammgüter mit den Familienfideicommissen vollständig zusammenwirft.

[12]) A. a. O. S. 124. [13]) S. 321.

[14]) Mit Ausnahme der Pfandklage.

[15]) Savigny, System V § 248 S. 366—369. Vangerow, Pandekten § 151.

[16]) A. a. O. S. 7 f.

Verfügungen, er müsse also auch auf deren Aufrechterhaltung bedacht sein, und indem er so den Verstorbenen gleichsam repräsentire, müsse er beim Stammgut das Eigenthum als seinen Händen anvertraut und als Mittel betrachten, auch für später existirende Nachkommen, die aus jener gesetzlich gebilligten Stiftung ihnen zugedachten Vortheile zu conserviren. Diese Auffassung erscheint eben so parador, als die erstere, von welcher Pfeiffer dies selbst zugiebt. Denn es läßt sich kein Grund absehen, weshalb dieselbe auf das vorliegende Verhältniß beschränkt sein sollte, und es würde demnach bei jedem vom Staat gesetzlich mit Schutz ausgestatteten Rechte jener selbst eigentlich als wahrer Träger desselben und als Mittelsperson erscheinen, von welcher die Interessenten ihre Befugnisse erst ableiteten.

Mit dieser letzteren Auffassung von Pfeiffer stimmt der Sache nach überein Vollgraff[17]). Der Inhaber des Fideicommisses erscheint ihm lediglich als Nutznießer, als Eigenthümer dagegen „fortwährend ideell der Constituent", „an dessen Stelle vermöge einer Fiction und als Garant aller letzten Willensordnungen der Staat getreten". Diese Ansicht erledigt sich daher in derselben Weise, wie die gedachte Pfeiffer'sche.

Von den neueren Particularrechten faßt das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, welches sich auf eine Begriffsbestimmung des Rechts am Fideicommißgut nicht einläßt, den Fideicommißbesitzer wenigstens rücksichtlich der demselben zustehenden Rechte und Pflichten als Usufructuar auf[18]).

In der Mitte des vorigen Jahrhunderts fing man an das Recht des Fideicommißbesitzers als ein dominium utile aufzufassen. Freilich hatte schon Molina[19]), nachdem er sich dafür entschieden, daß dem Majoratsbesitzer Eigenthum zustehe, die Frage aufgeworfen, ob dieses Eigenthum ein dominium utile oder directum sei. Es war dies dadurch veranlaßt, daß die Glossatoren und Postglossatoren dem Fideicommissar, da ihm die hereditatis petitio nur utiliter, nämlich als fideicommissaria zusteht, auf ein utile dominium beschränkten, das directum bei dem Fiduciar zurückbleiben ließen[20]). Er selbst stellt sich jedoch auf den richtigen Standpunkt, indem er bemerkt, daß, wenn

---

[17]) Vermischte Abhandlungen (1822) B. 1 S. 108 ff.

[18]) B. G. B. § 2515: „Die Rechte und Verpflichtungen des Erben bis zu der Herausgabe des mit der Anwartschaft beschwerten Vermögens sind, soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist, in Bezug auf die Benutzung und Verwaltung nach den Vorschriften in §§ 631 bis 636 zu beurtheilen". Die angezogenen §§ handeln vom Nießbrauch an einem ganzen Vermögen. Die Anwendung des der Lehre von der Erbanwartschaft entnommenen § 2515 auf die Familienanwartschaft rechtfertigt sich aus § 2529. § 2533: „Verwendungen und Lasten, welche ein Nießbraucher nicht zu tragen hat, darf der Inhaber aus dem Stammvermögen bestreiten" —.

[19]) L. c. I c. 19 n. 16.

[20]) Glosse zu L. 1 pr. Ad. SC. Treb. Bartolus in L. 28 eod. n. 3 u. 5. in L. 17 § 1 De A. v. A. P.

auch allerdings die actiones ad universam hereditatem pertinentes nicht als directae actiones auf den Fideicommissar übergingen, demselben doch an den Erbschaftssachen selbst und demgemäß auch an den Sachen des Majorats das dominium directum ac utile zustünde. Die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts adoptirte diese von Molina verworfene Auffassung, indem ausgeführt wurde, daß der von den älteren Schriftstellern dem Fideicommissar beigelegte Ususfruct nicht in sensu iuris Romani, sondern Germanici zu nehmen, mithin das dominium minus plenarium limitatum et utile darunter zu verstehen sei[21]). Sie wurde durch das Bayerische Landrecht legalisirt[22]) und ging auch in einige neuere Gesetzgebungen, nämlich das Preußische Landrecht[23]), das Oesterreichische Gesetzbuch[24]) und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse über[25]). Auch noch in der neueren Zeit wurde diese Ansicht von einzelnen Juristen vertreten, so von Moshamm[26]), Dalwigk[27]) und Salza[28]). Dieser letztere scheint jedoch über den Begriff mit sich selbst nicht recht im Klaren zu sein[29]), indem er dem Fideicommißbesitzer einen „Nießbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden ist", zuschreibt, dieses Recht auch immerhin Nutzungseigenthum, dominium utile nennen lassen will, sich aber gegen die Statthaftigkeit der bei Aufstellung dieses Begriffs einer deutschen Nutznießung herbeigezogene Analogie des Lehnrechts verwahrt, indem das Recht des Fideicommißbesitzers von dem des Vasallen „in mehr denn einer Hinsicht, und namentlich auch seinem Grunde nach verschieden" sei; und endlich als Grund, weshalb der Fideicommißbesitzer nicht als wahrer Eigenthümer

---

[21]) Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 13 N. 1 und die von ihm citirten Schriftsteller. Beyer, specimen iuris Germanici (in der de lineatio iuris Germ. — opus posthumum ed. II cur. Hoffmann Lips. 1723 —) l. II c. 10 § 35, der dies jedoch nur rücksichtlich der (in Deutschland nicht üblichen) Majorate bemerkt. Hellfeld, de fideicommissis familiarum p. 54 sq. Letzterer nennt das Obereigenthum dominium civile, quod in exercitio, iure utendi fruendi, et rei possessione consistit.

[22]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 13 N. 1: „Hat der rechtmässige Fideicommiss-Besitzer Dominium utile von dem Fideicommiss-Gut und aller Zugehör".

[23]) § 72 A. L. R. II, 4: „Dem jedesmaligen Fideicommiß-Besitzer gebührt das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses".

[24]) A. B. G. B. § 629: „Das Eigenthum des Fideicommiß-Vermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideicommiß-Inhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein; diesem aber auch das Nutzungseigenthum zu".

[25]) Edict § 44: „Der Fideicommiß-Besitzer hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungs-Eigenthümers —". § 42: „Das Eigenthum des Fideicommiß-Vermögens steht nicht dem jedesmaligen Besitzer desselben allein, sondern auch den übrigen zur Nachfolge Berechtigten zu".

[26]) Geschlechts-Fideicommisse S. 73. [27]) Erbrecht III S. 67.

[28]) Familien-Fideicommisse S. 162—164.

[29]) Dasselbe muß man sagen von Fabricius (de fideicommissorum familiae

der Fideicommißsache angesehen werden könne, die zum Besten der Anwärter eingeführte Unveräußerlichkeit des Fideicommisses angiebt[30]).

Allein auch bei der Annahme eines dominium utile müssen wir die Frage aufwerfen, wem steht denn das dominium directum zu?[31]) Hierauf antwortet schon Kreittmayr, daß dasselbe „bey der ganzen Familie in corpore, soweit solche eine personam compositam fictam vel mysticam" vorstelle, „residire". Und diese Auffassung wurde auch in Particulargesetzen ausdrücklich ausgesprochen[32]), wie ein Gleiches die oben für diese Meinung angeführten Juristen thun[33]), wenn sie es nicht vorziehen, diese Frage gar nicht zu berühren. Hierbei entsteht ein verwickeltes Verhältniß, denn da der jeweilige Besitzer gleichfalls zur Fideicommiß-Familie gehört, so erscheint er einmal als Untereigenthümer und zugleich mit den übrigen Familiengliedern zusammen als Obereigenthümer. Dies hat das Oesterreichische Gesetzbuch (§ 629) geradezu ausgesprochen, und auch im Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse (§ 42 f.) macht sich dieselbe Auffassung geltend[34]). Hieraus erklärt es sich, wenn nach dieser Meinung das Eigenthum am Fideicommißgut geradezu als ein Gesammteigenthum der Familie bezeichnet wird[35]).

---

natura p. 63), welcher dem possessor temporarius nur dominium revocabile vel potius usumfructum zuschreibt, das dominium in abstracto aber der ganzen Familie.

[30]) Auch in seiner Abhandlung über die Familienfideicommisse in Weiske's Rechtslexicon IV S. 241 bemerkt Salza, daß „die Rechte, die theils dem zeitlichen Besitzer des Fideicommisses theils den Anwärtern" zustünden, nicht aus dem dem Lehnrecht entlehnten Begriffe des getheilten Eigenthums abgeleitet werden könnten, sondern „aus der positiven Bestimmung einer zum Besten der Familie eingeführten Unveräußerlichkeit zu deduciren" seien. In seiner Lehre von den Familien-Fideicommissen S. 91 sagt er gleichfalls, daß der Fideicommißbesitzer des Fideicommiß „pleno iure und zwar pleno iure domini" besitze.

[31]) Heineccius (elementa iuris Germanici t. I [Hal. 1736] l. 2 § 41 p. 396) wirft bereits dieselbe Frage Beyer gegenüber auf.

[32]) § 73 Pr. A. L. R. II, 4: „Das Obereigenthum befindet sich bei der ganzen Familie." Oesterr. A. B. G. B. § 629. Bayerisches Edict vom 26. Mai 1818 § 42. § 43: „Vermöge des Miteigenthums sind die Anwärter berechtiget" u. s. w.

[33]) S. Kreittmayr a. a. O. Beyer a. a. O. § 36. Hellfeld a. a. O. Auch Salza, der a. a. O. sich auf diese Frage nicht einläßt, spricht Lehre von den Familien-Fideicommissen S. 222 beiläufig das Eigenthum an den im Fideicommißverbande stehenden Gütern „der Familie, nach der Gesammtheit ihrer lebenden und zukünftigen Glieder" zu.

[34]) Das Gleiche gilt von dem großherzoglich Hessischen Gesetz vom 13. September 1858, obwohl dieses auf die Natur des Rechts des Fideicommißbesitzers nicht näher eingeht. Dasselbe bestimmt nämlich im Art. 15: „Das Eigenthum an dem Fideicommiß-Vermögen steht dem jedesmaligen Besitzer desselben und den übrigen zur Nachfolge in solches Berechtigten (den Anwärtern) gemeinschaftlich zu"

[35]) Mellmann, de fideicommissis familiarum nobilium p. 24. p. 200. p. 250. Vgl. Duncker, Gesammteigenthum S. 123. Pözl, Bayerisches Staats-

Um aber der Familie Eigenthum beilegen zu können, müßte derselben Persönlichkeit innewohnen, wie das auch Kreittmayr voraussetzt. Da diese jedoch, abgesehen vom hohen Adel der Familie nicht zugesprochen werden kann[36]), so ist diese Ansicht als irrig zurückzuweisen[37]).

Es bleibt daher nur übrig, den Fideicommißbesitzer als wahren Eigenthümer aufzufassen. Diese Ansicht wurde bereits von älteren Juristen, namentlich von Molina[38]) und Knipschildt[39]) vertreten, ihr hat es auch zur Zeit der Herrschaft der zuletzt dargestellten Theorie nicht an Vertretern gefehlt[40]),

Verf.-Recht S. 90 Note 1. — Jedenfalls ungenau ist es, wenn Gengler (Lehrbuch § 58) und Walter (System § 471 Note 1) bei Behandlung der Natur des dem Fideicommißbesitzer zustehenden Rechts Beseler als Vertheidiger des Gesammteigenthums der Familie anführen. Allerdings handelt Beseler in der von den genannten Schriftstellern angezogenen Stelle der Erbverträge II, 2 S. 51 ff. S. 55—58 von dem Gesammteigenthum der adeligen Familie, jedoch diese Familie ist die des hohen Adels, wie Gengler und Walter selbst hätten sehen müssen, da Beseler auf S. 51, wo er jene Untersuchung einleitet, dies ausdrücklich bemerkt.

[36]) Beseler, Erbverträge II, 2 S. 49—51. Duncker, Gesammteigenthum S. 115—122. Auch der hochadeligen Familie spricht Letzterer (a. a. O. S. 129 — 138) die Persönlichkeit und somit das Gesammteigenthum am Familiengut ab; der Chef des Hauses gilt ihm als alleiniger Eigenthümer. Auf die Begründung der Ansicht näher einzugehen, ist hier nicht der Ort.

[37]) Heineccius (a. a. O. S. 397) stellt ebenfalls in Abrede, daß die Familie als Eigenthümerin aufzufassen sei, doch aus einem nicht recht zutreffenden Grunde. Beyer hatte nämlich der Behauptung, daß der ganzen Familie das dominium directum zukomme, den Satz hinzugefügt: quia (scil. die Mitglieder der berechtigten Familie) possessorem in bonis maioratus non recte se gerentem iis privare possunt. Heineccius faßt lediglich diese Begründung in's Auge und bemerkt, daß der Schluß vom Privationsrecht der Familie auf ein ihr zustehendes Eigenthum nicht gerechtfertigt sei. Das ist allerdings richtig, aber damit ist die Unmöglichkeit eines Eigenthums der Familie noch nicht bewiesen.

[38]) L. c. I c. 19 n. 4—18. [39]) L. c. X n. 10—17.

[40]) Heineccius (a. a. O.), der sich zwar nicht positiv für das Eigenthum des Fideicommißbesitzers (oder, wie er sagt, Majoratsbesitzers) ausspricht, aber doch die entgegenstehenden Meinungen ablehnt. Ruprecht, de fideicommisso familiae cognatico (Marb. 1739) § 28. Westphal, teutsches Privatrecht Th. II S. 237. Auch Richter (de fideicommissis familiarum p. 83) gehört hierher, obwohl er selbst nicht zur rechten Klarheit über das Verhältniß gekommen zu sein scheint, denn während er an der angegebenen Stelle dem Fideicommißbesitzer ein durch Verbot jeglicher Veräußerung und Substanz-Veränderung beschränktes verum, integrum et perfectum dominium tempore (d. h. auf Lebenszeit) zuspricht, definirt er S. 64 das Familienfideicommiß als dominium in bonis familiae genti in universum competens, cuius tamen plenarium exercitium s. possessio utilis (nützliche Gewere) uni duntaxat membro illius per modum ususfructus Germanici — relinquitur; und kommt damit auf die zu seiner Zeit herrschende Theorie vom getheilten Eigenthum zurück.

sie kann heutzutage für die gemeine Meinung der Juristen angesehen werden[41]) und ist auch vom Badischen Landrecht (Art. 577 ce.) aufgenommen.

Daß wir berechtigt sind, in solchem Falle ein dominium anzunehmen, ergiebt sich daraus, daß demjenigen ein solches zusteht, welchem ad dies vitae eine Sache vermacht ist, die nach seinem Tode auf einen Anderen übergehen sollen[42]). Die Anwendbarkeit dieser Regel des römischen Rechts auf den vorliegenden Fall unterliegt keinem Zweifel, da er im Wesentlichen durchaus gleichartig ist, denn ob es sich um eine einmalige Restitution oder eine mehrmalige handelt, macht hierbei keinen Unterschied, ebenso ist es von keinem Belang für das Rechtsverhältniß des zur Restitution verpflichteten Inhabers, ob auf denselben die Sache vom Testator übergegangen oder von einem restituirenden Vorbesitzer. Hiermit ist bereits ein Grund widerlegt, der gegen die Möglichkeit des Eigenthumsbegriffs angeführt wird[43]), nämlich daß kein Eigenthum ad diem gegeben werden könne; wie denn überhaupt im neueren römischen Recht der Grundsatz gilt: Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis extiterit[44]). Eben so wenig kann ein anderer Gegengrund[45]) in Betracht kommen, der aus dem Verbot einer jeden Einwirkung auf die Substanz

---

[41]) Eichhorn, Einleitung § 369 N. I. Duncker, Gesammteigenthum S. 129—138. Mittermaier, Grundsätze I § 158 N. V. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 68 N. 3. Beseler, System § 176 N. V. Gerber, System § 84. Hillebrand, Lehrbuch § 70. Gengler, Lehrbuch § 58 S. 238. 242. Walter, System § 471. Gerber in seinen Jahrbüchern I S. 73 ff.

[42]) L. fin. De usufr. ear. rer. (7, 5): Cum pecunia erat relicta Titio ita, ut post mortem legatarii ad Maevium rediret, quamquam adscriptum sit, ut usum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam, et usus mentionem factam, quia erat restituenda pecunia post mortem eius divi Severus et Antoninus rescripserunt. L. 15 De auro arg. (34, 2): Species auri et argenti Seiae legavit et ab ea petiit in haec verba: A te, Seia, peto, ut quidquid tibi specialiter in auro, argento legavi, id, cum morieris, reddas, restituas illi et illi vernis meis; quarum rerum ususfructus, dum vives, tibi sufficiet. Quaesitum est, an ususfructus auri et argenti solus legatariae debeatur. Respondit verbis, quae proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommissi.

[43]) Vgl. Molina l. c. I c. 19 n. 1—3. Knipschildt l. c. X n. 7 u. 9.

[44]) L. 66 De R. V. (6, 1). L. fin. C. De legat. (6, 37): — Cum — iam constitutum sit fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut ei post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur.

[45]) Molina l. c. n. 1 u. 2. Knipschildt l. c. n. 5 u. 6 u. 8.

der Fideicommißsache hergenommen wird, vermöge dessen dem Besitzer die Veräußerung derselben sowohl unter Lebenden als von Todes wegen und jede Deterioration untersagt ist. Denn wenn wir diesen gelten lassen wollten, so müßten wir allen, denen durch Rechtsvorschrift die freie Verfügung über ihr Vermögen oder gewisse Bestandtheile desselben entzogen ist, das Eigenthumsrecht an solchen Sachen absprechen. Hiernach würden Wahnsinnige, Verschwender, infantes niemals Eigenthum haben, eben so wenig käme dasselbe dem Ehemanne am fundus dotalis zu, und auch unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen könnten wir solches nicht zubilligen, wie wir auch dann genöthigt wären, für das spätere Recht des Mittelalters den Eigenthumsbegriff bei Grundstücken überall da zu leugnen, wo das Beispruchsrecht der Erben sich in seiner ganzen Strenge geltend machte. Denn lassen wir überhaupt das Eigenthum von der Verfügungsbefugniß abhängen, so kann es auch keinen wesentlichen Unterschied begründen, ob dieselbe ganz aufgehoben oder aber an Bedingungen geknüpft, namentlich von dem Willen dritter Personen abhängig ist. Auf diese beiden lassen sich aber die von den Gegnern des Eigenthumsbegriffs gegen diesen angeführten Gründe, so weit dieselben überhaupt eine Beachtung verdienen, zurückführen, so daß also etwaige Bedenken gegen die jetzt herrschende Ansicht sich nicht rechtfertigen lassen.

§ 14.

Befugnisse des Fideicommißinhabers im Einzelnen.

Das Resultat der vorigen Untersuchung war, der Fideicommißbesitzer ist Eigenthümer. Nun ist es zwar ein nutzloses und vergebliches Unternehmen, die im Eigenthum liegenden Befugnisse aufzuzählen, allein beim Eigenthum des Fideicommißbesitzers ist dies geboten, weil dieselben von vorn herein und regelmäßig bei jedem Fideicommiß durch dessen Zweck eine bestimmte Begrenzung und Beschränkung erhalten.

Welche Eigenthumsbefugnisse nun dem Fideicommißinhaber eben deshalb entzogen sein sollen, darüber muß zunächst der in der Stiftungsurkunde, als lex des Fideicommißverhältnisses, zum Ausdruck gekommene Wille des Fundators entscheiden. Ist dieser Wille ausdrücklich geäußert, so hat sich jeder Fideicommißbesitzer lediglich daran zu halten, wie das auch durch das Preußische Landrecht noch besonders vorgeschrieben ist[1]). Ist dies nicht der Fall, so ist er zu ermitteln, und zwar dadurch, daß man sich den Zweck der Fideicommißstiftung vergegenwärtigt. Dieser Zweck ist, bestimmte Vermögensstücke der Familie zur Erhaltung des Namens und Ansehens derselben zu bewahren.

---

[1]) § 74 A. L. R. II, 4: Die Rechte und Pflichten des Fideicommiß-Besitzers sind hauptsächlich nach dem Inhalte des Stiftungsbriefes, übrigens aber nach den Vorschriften der Gesetze vom nutzbaren Eigenthume zu beurtheilen."

Daher liegt die der Herrschaft über eine Fideicommißsache gesteckte Grenze in dem salva substantia rei.

Die modernen Gesetzbücher, welche das Verhältniß des Fideicommißbesitzers nach der Lehre vom getheilten Eigenthum behandeln, geben demselben eben alle Rechte des Untereigenthümers, so das Bayerische Landrecht[2]) und das Edict über die Familien-Fideicommisse[3]), das Preußische Landrecht[4]) und das Oesterreichische Gesetzbuch[5]).

Betrachten wir nun die einzelnen Befugnisse, so steht dem Fideicommißbesitzer an der Fideicommißsache zunächst das Recht auf den vollständigsten Gebrauch und Fruchtgenuß zu[6]). Dies gestaltet sich nach den verschiedenen Objecten verschieden.

Was den Fruchtgenuß betrifft, so darf der Fideicommißbesitzer bei Landgütern und dem dazu gehörigen Vieh[7]) sich alle Früchte, den vollen Ertrag aneignen, und zwar erwirbt er, da er wahrer Eigenthümer ist, das selbständige allodiale Eigenthum daran[8]), mit dem Erfolge des Uebergangs auf den Erben, bereits durch die Separation, nicht erst durch die Perception. Nach Bayerischem Recht gewährt freilich erst die Perception das Eigenthum an den Früchten. Der Codex Maximilianeus bestimmt nämlich im Th. III C. 10 § 13: — „Naturales (scil. fructus) percepti bleiben 5to. denen Allodial-Erben allein" [9]). Das ist jedoch auch bei der Auffassung des Bayerischen Landrechts, wonach der Fideicommißbesitzer als Untereigenthümer erscheint, nicht consequent, da ja auch der Vasall bereits durch Separation das Eigenthum an den Früchten erwirbt[10]). Indeß ist es mir überhaupt zweifelhaft, ob die fructus percepti mit Ausschluß der bloßen separati gemeint sind, und nicht

---

[2]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 13.

[3]) Edict § 44. [4]) § 72 A. L. R. II, 4.

[5]) A. B. G. B. § 631: „Der Fideicommiß-Inhaber hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers. Ihm gehören alle Nutzungen von dem Fideicommiß-Gute und dem Zuwachse, aber nicht die Substanz desselben".

[6]) Das ist auch im Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse ausgesprochen im § 44: — „ihm (scil. dem Fideicommmißbesitzer) gebührt die Verwaltung und der Genuß des Fideicommisses"—.

[7]) Hierzu gehört jedoch nicht allein das zur Bewirthschaftung des Guts nothwendige Vieh, sondern überhaupt alles auf demselben befindliche, mit Einschluß der Luxusthiere.

[8]) Knipschildt, de fideicommissis familiarum X n. 33 XI n. 450. So auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 13: 1mo. — „Kommen ihm (scil. dem Fideicommißbesitzer) dero wegen alle davon abfallende Nutzungen zu Guten, und werden dieselben 2do. nicht zum Fideicommiss gerechnet, sondern pro Allodio geachtet, folglich fallt auch das, was nach dem Tod noch davon übrig ist, nicht dem Fideicommiss-Successori, sondern denen Allodial-Erben zu".

[9]) Vgl. Pözl, Bayerisches Staats-Verf.-Recht § 47 S. 92.

[10]) Eichhorn, Einleitung § 223.

vielmehr auch diese mit umfassen, und nur den Gegensatz zu den fructus pendentes bezeichnen sollen. So glaube ich, hat man auch den Ausdruck bei Knipschildt in C. 10 N. 34. 36 ff. seines Tractats aufzufassen. Bei den Jungen der Thiere erleidet indeß diese Befugniß des Besitzers eine Einschränkung dadurch, daß aus denselben die an dem vorhandenen Viehstand erlittenen Einbußen zu ersetzen, dieser vollzählig zu erhalten ist.

Ingleichen steht dem Besitzer das Jagdrecht auf den Fideicommißgütern und die Befugniß zur Fischerei in den daselbst befindlichen Gewässern zu[11]). Natürlich fällt hier, abgesehen von dem Fall, daß es sich um die in Wildgehegen befindlichen Thiere und die Fische in Fischteichen handelt, die Verpflichtung des Fideicommißinhabers fort, den Wildstand resp. die Fische vollzählig zu erhalten, was auch geradezu unmöglich wäre. Dagegen muß derselbe jede übermäßige Ausübung der Jagd und Fischerei unterlassen, weil dies unter den Begriff einer Deterioration fallen würde. Um eine solche anzunehmen, würde es m. E. nicht immer des Beweises einer Ueberschreitung der über die Betreibung der Jagd und Fischerei geltenden gesetzlichen Bestimmungen (z. B. Nichteinhalten der Hege- und Schonzeit) bedürfen[12]).

Ferner steht dem Fideicommißinhaber der forstmäßige Gebrauch der Waldungen zu, ohne daß derselbe an die dem Usufructuar gesetzten Beschränkungen[13]) gebunden wäre. Vielmehr kann er auch dann Holz aus den Waldungen verkaufen, wenn der Stifter des Fideicommisses solches nur für den Bedarf seiner eigenen Haushaltung und des Guts schlagen ließ[14]). Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um Brennholz oder Bauholz handelt, so daß die Bestimmung der L. 11 De usufr. (7, 1), wonach der Usufructuar grandes arbores, und hierunter sind wohl Bäume zu verstehen, die sich zu Nutzholz eignen, nicht schlagen lassen darf, nicht zur Anwendung kommt. Freilich ist auch der Ehemann nach L. 7 § 12 Sol. matr. (24, 3)[15]) in der Aneignung von Bäumen des Dotalgrundstücks Beschränkungen unterworfen, indem ihm nur arbores caeduae vel gremiales gebühren. Jedoch sollen hiermit nur solche Bäume von der Aneignung ausgeschlossen werden, welche nicht um des Nutzens, sondern der Zierde willen an den Wegen und vor den

---

[11]) Dieses Recht hat bereits der Usufructuar: L. 62 De usufr. (7, 1).

[12]) Das ist im Großen und Ganzen auch die Meinung der älteren Juristen. Molina, de Hispan. primog. I c. 22 n. 8—10. Knipschildt l. c. X n. 79 — 86. Nur verpflichten sie nicht einmal bei dem eingehegten Wilde den Fideicommißbesitzer dazu, den Wildstand in dem überkommenen Zustande zu erhalten, wogegen Knipschildt dies bei den in Fischteichen befindlichen Fischen fordert, was jedenfalls inconsequent ist.

[13]) L. 9 § 7 De usufr. (7, 1).

[14]) Molina l. c. I c. 22 n. 1—4. Knipschildt l. c. X n. 89—91.

[15]) Vgl. L. 32 De J. D. (23, 3).

Gebäuden gepflanzt sind[16]). Diese würde auch der Fideicommißbesitzer sich nicht aneignen dürfen, wohl aber unbedingt die Bäume, welche aus einem schlagbaren Forst nach den Regeln der Forstcultur genommen sind[17]). Obstbäume dagegen darf der Besitzer, so lange sie noch Früchte tragen, nicht schlagen. Denn auch dadurch würde er sich einer Deterioration schuldig machen, weil immer doch eine Verminderung des Werths des Guts darin läge. Die Frage, ob der Windbruch dem Fideicommißbesitzer zu Gute komme, oder ob das aus dem Holz gelöste Geld dem Fideicommisse zuzuschlagen sei, läßt sich wohl nicht ganz allgemein, wie dies Knipschildt[18]), und zwar im Sinne der ersten Alternative thut, entscheiden, sondern nur nach den concreten Verhältnissen. Im Allgemeinen wird man demselben nicht, wie dem Usufructuar und dem Ehemanne[19]) denselben absprechen dürfen, weil er nicht zu den fructus gehöre, denn der Fideicommißbesitzer ist nicht auf die eigentlichen Früchte beschränkt, sondern kann sich jeden, auch außerordentlichen, Ertrag des Guts aneignen, so lange nur dadurch der Zweck des Fideicommisses nicht verletzt wird. Dieses Letztere ist nun regelmäßig nicht anzunehmen, aber es ist doch möglich, wenn nämlich der Werth des Fideicommisses ganz oder doch zum größten Theil in dem Forst, dessen Bäume nun entwurzelt sind, besteht; alsdann wird das gelöste Geld die Fideicommißqualität erhalten müssen, ohne daß es nothwendig ist, mit Molina[20]) als zweite Voraussetzung noch zu fordern, daß das Grundstück zu etwas anderem nicht zu gebrauchen ist.

Die älteren Juristen erörtern noch die Frage, ob der Fideicommißinhaber die auf den Gütern befindlichen Mineralien sich gleichfalls aneignen dürfe. Sie bejahen dieselbe, und zwar unter Berufung auf die Bestimmungen des römischen Rechts[21]), das nicht nur dem Ehemann, sondern auch dem Usufructuar ein Recht auf den Ertrag der auf dem zur Dos bestellten oder zum Nießbrauch hingegebenen Grundstücks befindlichen Bergwerke zuspricht[22]). Auch

---

[16]) Eine unbedingte Gleichstellung des Fideicommißbesitzers und des Ehemanns als Inhaber der Dotalsachen ist übrigens auch durchaus nicht gerechtfertigt, wenn auch nicht selten ein Schluß vom letzteren auf den ersteren zuläßig ist.

[17]) **Molina** l. c. I c. 22 n. 5. **Knipschildt** l. c. X n. 92 u. 93.

[18]) L. c. n. 94. [19]) L. 7 § 12 cit. [20]) L. c. n. 6.

[21]) L. 9 § 2. L. 13 § 5 De usufr. (7, 1). L. 7 § 14 Sol. matr. (24, 3).

[22]) **Molina** l. c. I c. 23 n. 8—10. **Knipschildt** l. c. X n. 96—99. Ersterer will jedoch dieses Recht dem Majoratsbesitzer nur unter der Voraussetzung gewähren, daß durch die Ausübung des Bergwerks fundus fructuosior ac utilior efficiatur, z. B. zum Ackerbau geschickt gemacht wird. Und zwar beruft er sich hierfür auf L. 7 § 13 Sol. matr. (24, 3): Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum est, mariti est, et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor, nisi talis sit, ut lapis ibi renascatur.

die neueren Juristen, welche auf die Frage eingehen, wiederholen lediglich die Meinung der älteren und legen dem Fideicommißbesitzer diese Befugniß ausdrücklich bei, so Salza[23]) und Wildner[24]), welcher dafür den § 511 des Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs anführt, wonach dem Fruchtnießer „die mit Beobachtung der bestehenden Bergwerks-Ordnungen erhaltene reine Ausbeute von Bergwerks-Antheilen" gehört[25]). Nach dem heutigen Bergrecht ist jedoch über diesen Punkt Folgendes zu bemerken. Das Recht ein Bergwerk auszubeuten, ist in Deutschland jetzt nicht mehr, wie in ältester Zeit, ein Annexum des Eigenthums am Grund und Boden, sondern ist in Folge der Regalität des Bergbaus, bedingt durch Verleihung von Seiten des Staats, auf welche, vermöge des das Bergwesen beherrschenden Princips des freien Schürfens der erste Finder Anspruch hat[26]). Betreibt daher der Fideicommißbesitzer den Bergbau, so kommt er dabei gar nicht als Eigenthümer des Fideicommißguts in Betracht, sondern als der, welcher das Mineral zuerst aufgefunden hat, oder von diesem sein Recht ableitet, und kann daher die Frage gar nicht aufgeworfen werden, ob ihm in jener Eigenschaft die Befugniß zukomme, die auf den zum Fideicommiß gehörigen Grundstücken befindlichen Mineralien sich anzueignen, sondern nur die, ob die dem Grundeigenthümer für die Ueberlassung des Bodens zur Eröffnung und Betreibung eines Bergwerks zu zahlende Entschädigung dem Fideicommiß oder dem jeweiligen Besitzer zu Gute kommt. Und da ist natürlich das Erstere zu behaupten, denn es ist hier das Princip der Zwangsenteignung maßgebend[27]), und es muß an die Stelle des dem Familienfideicommiß entzogenen Areals das dafür geleistete Aequivalent treten. Das würde eben so wohl von der zu leistenden Geldentschädigung gelten, als dort, wo der Grundeigenthümer noch einen Anspruch auf einen Freicux hat, von diesem, denn die besondere Art der Entschädigung kann keinen Unterschied begründen. Ist daher dem Fideicommißbesitzer selbst in Folge seiner eingelegten Muthung das Bergwerkseigenthum verliehen, so

---

[23]) Familien-Fideicommisse S. 169.

[24]) Das Fideicommiß-Recht S. 188.

[25]) Da das Oesterreichische Gesetzbuch den Fideicommißbesitzer nicht als Usufructuar, sondern als Untereigenthümer auffaßt, so hätte Wildner nicht die dem Usufructuar, sondern dem Untereigenthümer zustehenden Befugnisse herbeiziehen, und demgemäß den § 1143 (— „Er — scil. der Nutzungseigenthümer — ist sogar befugt, die Substanz zu verringern, wenn er dem Obereigenthümer beweisen kann, daß die Benutzung des Grundes sonst nicht Statt finde") anführen müssen, auf welchen er auch an einer anderen Stelle (S. 182) recurrirt. Eine gleiche Bestimmung enthält § 10 Pr. A. L. R. I, 18: „Selbst zur Verringerung eines Theils der Sache ist der nutzbare Eigenthümer berechtigt, wenn ohne dergleichen Verringerung dieser Theil der Sache gar nicht genossen werden könnte."

[26]) Vgl. Beseler, System § 203.

[27]) Beseler a. a. O. § 207.

hat er gleichfalls die dafür festzustellende Entschädigung zu leisten, welche nun Fideicommißqualität annimmt und in geeigneter Weise für das Familienfideicommiß sicher zu stellen ist. Davon bezieht natürlich sowohl dieser Fideicommißbesitzer als die späteren Successoren die Nutzungen. Allein das Bergwerkseigenthum steht dem damit beliehenen Fideicommißbesitzer, als ein allodiales Vermögensrecht, welches er veräußern darf, zu[28]), und geht demgemäß auch auf seine Erben über, mögen sie zugleich Fideicommißsuccessoren sein oder nicht.

Die Frage, ob der Fideicommißbesitzer die dem Grundstücksbesitzer zukommende Hälfte des auf dem Fideicommißgut gefundenen Schatzes zu allodialem Eigenthume erhalte, oder ob dieselbe dem Fideicommiß zuwachse, ist von den meisten Juristen zum Vortheil des ersteren entschieden[29]). Dies ist das einzig richtige, da der Fideicommißbesitzer wahrer Eigenthümer ist. Daß nämlich das dominium am Schatz nicht ebenso auf die Lebenszeit des Fideicommißbesitzers beschränkt ist, wie das am Fideicommißgut selbst, ergiebt sich daraus, daß der Schatz nicht als Theil der Substanz angesehen werden kann[30]), vielmehr als außerordentlicher Ertrag des Guts zu betrachten ist[31]). Daß dem nicht der Umstand entgegengesetzt werden darf, daß der Ehemann nicht die Hälfte des im fundus dotalis während der Ehe gefundenen Schatzes

---

[28]) Diese Auseinanderhaltung des Bergwerkseigenthums vom Grundeigenthum, wenn ersteres dem Grundeigenthümer verliehen ist, findet sich besonders präcis ausgesprochen in einem französischen Gesetz vom 21. April 1810 (concernant les mines) art. 19: Du moment, où une mine sera concedée, même au propriétaire de la surface, cette propriété sera distinguée de celle de la surface et desormais considerée comme propriété nouvelle. Dieselbe Anschauung findet sich im preußischen Entwurf eines Berggesetzes von 1846 § 18: „Dieses (Berg-) Eigenthum ist ein selbständiges, von dem Eigenthum der Oberfläche unabhängiges, unbewegliches Vermögensstück"; — und in dem Entwurf von 1850 § 5: — „Dies Eigenthum ist von dem Eigenthum des Grundes und Bodens unabhängig." Wir gelangen für das vorliegende Verhältniß auch dann zu keinem anderen Resultat, wenn wir, um die Natur des Rechts am Bergwerk zu bestimmen, der Occupations-Theorie folgen. Denn wenn nach dieser der Beliehene durch die Verleihung „nur die Befugniß zur Occupation der in dem bestimmten abgemessenen Grubenfelde befindlichen Fossilien" erlangt, so bekommt dieses Recht nach derselben doch „dadurch einen materiellen Zusatz, daß der Beliehene zugleich Eigenthümer des Grundes und Bodens wird, welchen der Bergbau ausschließlich in Anspruch nimmt" (Gerber, System § 95). In Betreff dieses Eigenthums am Grund und Boden ist aber dasselbe zu sagen, was eben rücksichtlich des Bergwerkseigenthums überhaupt bemerkt ist.

[29]) Molina l. c. I c. 23 n. 1—7. Knipschildt l. c. X n. 26—32.

[30]) L. 3 § 3 De A. v. A. P. (41, 2) und dazu Glosse ad verb. cepisse.

[31]) In L. 63 § 1 De A. R. D. (41, 1) wird der Schatz als donum fortunae bezeichnet und in L. un C. De thesaur. (10, 15) als Dei beneficium, was auch Molina (l. c. n. 4) und Knipschildt (l. c. n. 30) wiederholen.

erwirbt, diese vielmehr der Frau zu restituiren hat[32]), ergiebt sich aus dem oben in Betreff des Widbruchs Gesagten. Auch die Schriftsteller, welche dem Fideicommißbesitzer nur dominium utile beilegen, kommen rücksichtlich der vorliegenden Frage zu demselben Resultat[33]). Dies läßt sich nämlich mit jener Annahme vollkommen vereinigen, da nach der richtigen Ansicht der Schatz dem Untereigenthümer zuzusprechen ist, was auch im Bayerischen Landrecht[34]) und Preußischen Landrecht[35]) zum Ausdruck gekommen ist. Dagegen stellt Wildner[36]) eine ganz verkehrte Ansicht auf. Er bringt hier die Grundsätze des Oesterreichischen Gesetzbuchs § 399, wonach das dem Grundeigenthümer zukommende Drittel des Schatzes zwischen Ober- und Untereigenthümer zur Theilung gelangt, zur Anwendung. Danach giebt er dem Fideicommißinhaber seinen Antheil zur freien Verfügung, den dem Obereigenthümer, also der ganzen Fideicommißfamilie zustehenden will er jedoch nicht etwa dem Fideicommiß zuschlagen, sondern den sämmtlichen Anwärtern und dem Besitzer, da er gleichfalls zur Fideicommißfamilie und somit zu den Obereigenthümern gehöre, ebenfalls zur freien Disposition zusprechen[37]). Wildner begründet dies durch die Bemerkung, daß wenn das Recht auf den Schatz auch aus dem Recht auf die Substanz fließe, der Schatz doch nicht als Theil dieser Substanz anzusehen sei, da sonst der Gesetzgeber keine Theilung des Drittels des Schatzes zwischen Ober- und Untereigenthümer hätte anordnen dürfen, sondern vielmehr das ganze Drittel hätte sicher gestellt werden müssen. Doch darauf ist zu erwidern, daß, wenn es auch richtig ist, daß das Drittel des Schatzes an sich nicht der Substanz zunächst, sondern den Obereigenthümern zufällt, er diesen doch nur in ihrer Gesammtheit gebühren kann. Diese Gesammtheit wird aber noch nicht durch die sämmtlichen lebenden Anwärter mit Einschluß des Fideicommißinhabers dargestellt, denn dasselbe Recht, wie die jetzt lebenden haben auch die zukünftigen. Daher muß der Betrag des Schatzantheils für diese, damit sie gleichfalls ihr Recht daran ausüben können, sichergestellt werden. Das kann aber nur dadurch geschehen, daß jener rücksichtlich des Gebrauchs denselben Regeln und Beschränkungen unterworfen wird, als das schon vorhandene Fideicommiß-Vermögen. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch läßt den Schatz ganz dem Fideicommiß zufallen[38]).

Sind Capitalien zum Fideicommiß bestimmt, so zieht der Fideicommiß-

---

[32]) L. 7 § 12 Sol. matr. (24, 3). [33]) S. Dalwigk, Erbrecht III S. 70.

[34]) Cod. Max. Bav. civ. II C. 3 § 4 N. 3 u. 4.

[35]) §§ 94–96 A. L. R. I, 9. [36]) Fideicommiß-Recht S. 183 f.

[37]) Dieselben, sagt er, stünden rücksichtlich dieses Schatzantheils in einer Rechtsgemeinschaft, und es müßte somit der Fideicommißinhaber bei seinem Austritt aus derselben, d. h. regelmäßig seine Erben nach seinem Tode auch von diesem Antheil eine Quote erhalten.

[38]) Sächs. Gesetzb. § 2531: „Werden Gegenstände, welche in der mit der Anwartschaft belegten Sache eingemauert, vergraben oder sonst verborgen sind,

inhaber davon die Zinsen, die sofort in sein allodiales Eigenthum übergehen. Und zwar gehören dieselben nicht erst in dem Moment, wo sie wirklich gezahlt sind, zu seinem Allodialvermögen, sondern bereits in dem, wo sie geschuldet werden, d. h. an den festgesetzten Zinsterminen. Das ist insofern von Bedeutung, als der Fideicommißbesitzer, wenn er zur Einklagung derselben genöthigt ist, die Klage nicht als Vertreter des Fideicommisses, sondern iure proprio anstellt, auch die Forderung selbst sich als ein auf seine Erben übertragbares Vermögensobject darstellt. Wie wir nun aber bei Fideicommißgrundstücken von einem außerordentlichen Ertrage sprachen, so ist ein solcher auch bei Capitalien denkbar. Es ist dies der Fall bei den staatlichen s. g. Lotterie-Anleihen, wo außer den Zinsen, die entweder, wie bei der einfachen verzinslichen Anleihe in terminweisen Raten oder aber erst mit dem Capital zugleich bei der Auslosung der Obligation gezahlt werden, noch Gewinne von größerem oder geringerem Betrage auf einzelne Obligationen oder Loose fallen. Ist nun das Fideicommißcapital ganz oder zum Theil in einer derartigen Lotterie-Anleihe angelegt, so kommt der auf das eine oder andere Loos fallende Gewinn, abgesehen von einer entgegenstehenden Bestimmung des Stifters, unbedingt dem jeweiligen Besitzer nicht aber dem Familienfideicommiß zu. Einmal nämlich ist der Gewinn eben nichts anderes, als ein Ertrag des Fideicommißcapitals, und der Ertrag gebührt eben dem Besitzer, dann aber kommt auch hier die Regel zur Anwendung, commodum eius esse debet, cuius periculum est. Bei den Lotterie-Anleihen werden die Gewinne nicht durch eine wirkliche Vermögensaufwendung von Seiten des Schuldners, sondern von den Gläubigern aufgebracht. Denn entweder werden allerdings Zinsen gezahlt, die dem zur Zeit der Contrahirung der Anleihe üblichen Zinsfuß entsprechen, aber dann erst bei der Auslosung der Obligation, bei Rückzahlung des Capitals, in welchem Falle der Staat die Zinseszinsen gewinnt, welche demgemäß den Gläubigern entgehen, oder es werden die Zinsen in bestimmten Terminen, aber dann geringere, als dem üblichen Zinsfuß entsprechen, gewährt, wo also gleichfalls der Gläubiger einen Zinsverlust erleidet. Dieser Verlust trifft in beiden Fällen den Fideicommißbesitzer, und zwar als möglicher Verlust, nämlich bei den zum Fideicommißcapital gehörenden Loosen, welche gewinnen, wo derselbe eben gedeckt wird durch den Gewinn, aber auch als wirklicher Verlust bei denen, welche nicht gewinnen. Hiernach muß die Ansicht von Wildner[39]) als irrig bezeichnet werden, wonach der Gewinn dem Fideicommiß zufallen soll, wenn die Anlegung des Capitals auf Anordnung des Stifters erfolgte[40]) und nur dann dem Besitzer, wenn dieselbe durch seinen Willen allein geschah.

---

entdeckt, so sind sie, soweit sie nicht dem Finder gehören, als Zuwachs des zur Anwartschaft gehörigen Vermögens zu betrachten".

[39]) Fideicommiß-Recht S. 186.

[40]) Hat freilich der Stifter angeordnet, daß die Gewinne dem Fideicommiß zugeschlagen werden sollen, so hat es natürlich dabei sein Bewenden.

Bei nicht fruchttragenden Sachen fällt natürlich der fructus fort, und es bleibt der bloße usus für den Fideicommißbesitzer übrig, der der Beschaffenheit derselben entsprechen muß. Derselbe kann daher die Häuser bewohnen, die Ziergärten und Parkanlagen lediglich zum Lustwandeln und Fahren gebrauchen, mit den Kleinodien sich schmücken, Gold- und Silbergeräth bei Mahlzeiten und sonstigen Veranlassungen oder auch blos zur Schaustellung gebrauchen.

Die Accessionen des Fideicommißguts durch Alluvion, Avulsion, alvei mutatio, insula in flumine nata können nicht als außerordentlicher Ertrag angesehen werden, sie wachsen vielmehr der Substanz zu und erhalten daher Fideicommißqualität. Natürlich steht dem Inhaber das Recht der Benutzung an ihnen, wie an den alten Bestandtheilen des Fideicommisses zu[41]).

Auch die mit den Fideicommißgütern verbundenen fructus civiles bezieht der Fideicommißbesitzer, so namentlich solche Abgaben, welche von abhängigen Gütern dem Obereigenthümer zu leisten sind. Er hat den Anspruch auf den Handlohn bei Besitzveränderungen[42]), sowie auf wiederkehrende Abgaben. Sodann kann er auch die dem Fideicommißgut gebührenden Frohnden beanspruchen. Dagegen erhält er bei einer Ablösung der bäuerlichen Lasten nicht das Ablösungscapital zu freiem Eigenthum, sondern dieses bekommt Fideicommißqualität und ist daher für das Fideicommiß sicherzustellen. Auch hier liegt nämlich eine Expropriation vor[43]). Dem Familienfideicommiß werden durch einen Act der Staatsgewalt Rechte, und zwar Vermögensrechte entzogen. Demgemäß muß auch das dafür zu leistende Aequivalent ganz an dessen Stelle treten.

Dem Fideicommißinhaber steht es auch frei, wenn nicht die Stiftungsurkunde es verbietet, die zum Fideicommiß gehörenden Grundstücke zu verpachten, sowie die sämmtlichen Räume der zum Fideicommiß gehörigen Häuser, wie auch einzelne Wohnungen und Zimmer zu vermiethen. Doch ist der Successor an die hierauf bezüglichen Verträge nicht gebunden[44]), er müßte denn zugleich Erbe des Vorbesitzers geworden sein. Natürlich muß dem Pächter das Interesse von den Erben des Verpächters ersetzt werden, wenn die Verpachtung ohne irgend welchen Vorbehalt von Seiten des letzteren geschehen war. Häufig findet sich in den Stiftungsurkunden eine auf das in Rede stehende Verhältniß bezügliche Bestimmung. In Ermangelung einer solchen sucht man wohl den

---

[41]) Das bestimmt auch das Oesterr. B. G. B. § 631: — „Ihm (scil. dem Fideicommißinhaber) gehören alle Nutzungen von dem Fideicommiß-Gute und dem Zuwachse, aber nicht die Substanz desselben".

[42]) Molina l. c. I c. 23 n. 4. Knipschildt l. c. X n. 95.

[43]) Vgl. Beseler, System § 194.

[44]) Molina l. c. I c. 21 n. 1. Knipschildt l. c. XI n. 143. Wildner, Fideicommiß-Recht S. 190. S. 237.

Consens der nächstberechtigten Anwärter zu der beabsichtigten Verpachtung zu gewinnen, wodurch diese wenigstens vor einer Anfechtung durch jene gesichert wird. Nach dem Bayerischen Edict[45]) verbinden Pachtverträge des Vorbesitzers die Fideicommiß-Successoren, wenn dieselben auf nicht länger als höchstens neun Jahre abgeschlossen sind; nach dem Hessischen Gesetz (Art. 17) auf höchstens zwölf Jahre. Jene neun Jahre sind vielleicht der älteren Jurisprudenz entnommen, indem dies die längste Zeit war, auf welche sie eine Verpachtung (welche dann als locatio ad modicum tempus galt) gestattete. Nicht als ob eine solche Verpachtung den Nachfolger im Fideicommiß gebunden hätte, denn auch sie galt nur so lange, als der Fideicommißbesitzer, welcher sie vorgenommen, noch am Leben war; aber sie fiel nicht in die Categorie der verbotenen Veräußerungen und war demgemäß nicht den hiermit verknüpften besonderen Wirkungen unterworfen[46]). Das Bayerische Landrecht hatte indeß in keiner Hinsicht einen Unterschied zwischen langer und kurzer Verpachtung statuirt[47]). Natürlich kann der Fideicommißsuccessor in den Pachtcontract seines Vorgängers eintreten[48]). Umgekehrt ist aber auch der Pächter dem Fideicommißsuccessor gegenüber, der nicht zugleich Erbe seines Vorgängers geworden, zur Fortsetzung des Contracts nicht verpflichtet, wenn auch dieser dazu geneigt wäre, denn der Nachfolger tritt als Singularsuccessor nicht in die Rechte des Vorbesitzers ein[49]).

Wie aber der Fideicommißbesitzer die Grundstücke des Familienfideicommisses verpachten kann, so darf er regelmäßig die Benutzung und den Genuß derselben auch einem Dritten schenkungsweise überlassen, auch als Dos für seine Töchter bestellen. Ja er kann auch die Ausübung der sämmtlichen im Fideicommißrecht liegenden Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse gegen Entgelt oder unentgeltlich anderen Personen gestatten. Demgemäß muß man auch sagen, daß so lange der Fideicommißinhaber noch in väterlicher Gewalt ist, dem Vater, welcher aus irgend einem Grunde nicht in den Besitz des Fideicommisses ge-

---

45) Edict § 48.

46) **Molina** l. c. I c. 21 n. 1—29 **Knipschildt** XI n. 142—146.

47) S. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

48) **Molina** (l. c. I c. 21 n. 6) findet in der stillschweigenden Annahme des Pachtgeldes eine Ratihabition des Pachtcontracts auf die Zeit, für welche das Geld gezahlt ist. Dabei müßte man voraussetzen, daß die Pacht im Voraus bezahlt würde. Abgesehen hiervon, wäre dadurch wenig für das Interesse des Pächters gesorgt, indem alsdann das Pachtverhältniß doch immer nur auf eine kürzere Zeit verlängert würde. Dagegen dürfte, wenn das bestehende Pachtverhältniß vollkommen dem Fideicommißsuccessor bekannt war, der Umstand, daß dieser den Pächter eine längere Zeit, namentlich über das Ende der Ernte hinaus, in dem bisherigen Verhältniß belassen und dafür von demselben ohne Vorbehalt die Pacht angenommen hat, der Schluß auf Ratihabition des ganzen von seinem Vorgänger geschlossenen Vertrags selbst gerechtfertigt sein.

49) **Molina** l. c. I c. 21 n. 1.

langt, Verwaltung und Nießbrauch des dazu gewidmeten Vermögens zusteht, wenn nicht der Stifter für diesen Fall anderweitige Bestimmungen getroffen[50]). Alles dies gilt aber unter der Beschränkung, daß sobald das eigene Recht des Fideicommißinhabers erloschen, auch die von diesem abgeleiteten ipso iure untergehen[51]).

Ist für das Fideicommiß keine Individualsuccession vorgeschrieben, und sind mehrere gleichberechtigte Fideicommißsuccessoren da, so steht es diesen frei, einen gemeinschaftlichen Haushalt zu führen oder die Früchte unter einander zu theilen, wobei dann die Bewirthschaftung der Güter von allen oder für alle gemeinschaftlich oder aber durch Einen von ihnen geführt werden kann, oder auch die Güter verpachtet werden können[52]). Dies alles natürlich gleichfalls unter der Voraussetzung, daß der Stifter nicht in dieser Beziehung besondere Anordnungen getroffen hat, auf deren Befolgung dann jeder der Successoren dringen könnte.

Der Fideicommißinhaber hat aber nicht nur den vollen Ertrag des Guts zu ziehen, sondern vertritt dasselbe auch selbständig, und nimmt sonach alle damit verbundenen Rechte, wenn sie auch nicht rein vermögensrechtlicher Natur sind, in Anspruch. So gegenüber den vom Fideicommißgut abhängigen Bauergütern[53]). Hier steht ihm das Recht zu (wenn es dem Obereigenthümer überhaupt gebührt), die Tüchtigkeit des Erben zu prüfen, und, je nach Ausfall der Prüfung, demselben das Gut zu ertheilen, oder ihn zurückzuweisen, wie er im gleichen Falle aus den gesetzlichen Gründen die Entsetzung des Bauern veranlassen darf. Ebenso muß er bei Veräußerungen solcher Güter, wo dies überhaupt Erforderniß, um seinen Consens angegangen werden[54]) und hat dem Bauer, wenn es nothwendig ist, den Leihebrief zu ertheilen. Weiter gebührt demselben die Ausübung der Patrimonialjurisdiction und Polizeigewalt, wo solche einem Gut zustehen, wie er auch alle sonstigen damit verbundenen politischen Rechte ausübt, wie Landstandschaft und Kreisstandschaft.

Die Frage, ob dem Fideicommißbesitzer das kirchliche Patronatrecht zustehe, war unter den älteren Juristen sehr bestritten. Doch ist hierbei zu unterscheiden. Der dingliche Patronat geht unzweifelhaft, wie auf jeden Eigenthümer des Guts, an dem er haftet[55]), auch auf den jedesmaligen Fideicommißinhaber über. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß auch der dem Fideicommißstifter zugestandene persönliche Patronat auf den ersten Fideicommißbesitzer ipso iure

---

[50]) Hierüber handelt Molina in B. I C. 19 N. 18—34.

[51]) Wildner, Fideicommiß-Recht S. 190 f. S. 280 ff. Salza, Familien-Fideicommisse S. 170 f.

[52]) Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

[53]) Wildner a. a. O. S. 189. [54]) Molina l. c. I c. 22 n. 12.

[55]) C. 13 X. De iure patron. (3, 38).

übergeht, wenn dieser zugleich Erbe jenes ist[56]) ferner daß derselbe diesem auch vom Stifter ausdrücklich in der Stiftungsurkunde übertragen werden kann, da der Patron sowohl unter Lebenden als von Todes wegen über den Patronat verfügen darf. Nur muß im letzteren Falle noch der Consens des Bischofs hinzukommen[57]). Wir dürfen aber noch weiter gehen, und dem Patron überhaupt die Befugniß zugestehen, mit Genehmigung des Bischofs den sämmtlichen Fideicommißsuccessoren das Patronatrecht zu ertheilen. Denn wenn dem Patron das Recht gebührt, durch Testament überhaupt über einen ihm zustehenden Patronat zu verfügen, so muß man demselben, da das deutsche Recht im Institut der Familienfideicommisse Verfügungen anerkennt, welche Anordnungen nicht nur für einen einzelnen Successionsfall, sondern für alle Zukunft treffen, auch die Befugniß einräumen, den Patronat einer ganzen Reihe von Personen, also sämmtlichen Fideicommißsuccessoren zu gewähren. Wie es aber bei der Erbeinsetzung unzweifelhaft gar keiner ausdrücklichen Uebertragung des Patronats bedarf, vielmehr der oder die Testamentserben implicite auch zu Nachfolgern im Patronat ernannt sind, so müssen wir dasselbe auch beim Familienfideicommiß annehmen, wenn zu demselben ein ganzes Vermögen bestimmt ist[58]). Auch wenn eine quota hereditatis mit dem Fideicommiß belegt ist, müßten wir sagen, daß die jedesmaligen Fideicommißsuccessoren in Gemeinschaft mit den Allodialerben des Stifters, und zwar mit gleichem Recht (da das Patronatrecht nicht in intellectuelle Theile zerfällt[59]), auszuüben haben. Anders liegt natürlich die Sache, wenn nur einzelne Vermögensstücke das Familienfideicommiß bilden; dann geht natürlich ohne besondere Uebertragung der persönliche Patronat nicht auf den Fideicommißinhaber über. Der Einwand, welchen die älteren Juristen[60]) gegen die Zulässigkeit des Ueberganges anführen, daß der Patronat nicht iure hereditario auf die Erben übertragen würde, ist eben falsch, da derselbe auf Intestat-, wie Testamentserben, also auf Grund des Erbrechts übergehen kann. Wäre aber der Satz auch richtig, und wollte man daraus den Schluß ziehen, daß derselbe wie die operae liberti promissae[61]) und die iura sepulcrorum[62]) nicht dem Fideicommissar

---

[56]) C. 3 X cod. Clem. 2 eod. (3, 12).

[57]) C. 8 X eod. C. un. eod. in 6to. (3, 19).

[58]) Derselben Meinung Schilling, der kirchliche Patronat nach canonischem Recht (Leipz. 1854) S. 15 f., der zwar dieses Verhältniß bei Familienfideicommissen nicht berücksichtigt, dagegen beim gewöhnlichen Universalfideicommiß den Patronat auch auf den Fideicommissar übergehen läßt; freilich in dem Fall, wo der Fiduciar die Quart in Abzug bringt, den Patronat als beiden gemeinschaftlich, Fiduciar und Fideicommissar als Mitpatrone auffaßt.

[59]) Vgl. Schilling a. a. O. S. 7 f. S. 12. S. 15 f.

[60]) S. dieselben und die Widerlegung ihres Einwandes bei Molina l. c. I c. 24 n. 5—23. Knipschildt l. c. X n. 106—113.

[61]) L. 55 pr. Ad SC. Treb. (36, 1). [62]) L. 42 § 1 eod.

zu restituiren sei, sondern bei dem Fiduciar verbliebe, so würde auch dies auf die deutschen Familienfideicommisse keinen Einfluß haben, da bei diesen Fiduciar und Fideicommissar nicht zu scheiden sind, vielmehr der erste Fideicommißinhaber beide Qualitäten in sich vereinigt, und er auch das ganze Rechtsverhältniß, wie er es gehabt, auf die Successoren überträgt[63]).

Hat nun ein Fideicommißbesitzer in Folge des ihm zustehenden Patronats einen Geistlichen zu einem Amt präsentirt, und er stirbt vor der Collation desselben durch den Verleiher (Bischof oder Consistorium), so darf diese Wahl durch den Fideicommißsuccessor nicht revocirt werden[64]). Da jedoch der Laienpatron mehrere nach einander präsentiren darf[65]), unter denen der Verleiher wählen kann[66]), so hat allerdings auch der Fideicommißsuccessor, wenn der Vorbesitzer vor Ablauf der für die Präsentation bestimmten Zeit von vier Monaten gestorben, die Befugniß, so lange die Zeit läuft, zu den vom Vorbesitzer präsentirten, noch andere zu präsentiren. Dem Verleiher steht das Wahlrecht unter allen diesen ohne Unterschied zu.

Die älteren Juristen berühren auch die Frage, ob den Fideicommißsuccessoren das Recht an einem dem Stifter gehörigen Erb- oder Familienbegräbniß zustehe[67]). Sie behandeln dieselbe ganz nach römischem Recht. Hiernach unterscheiden sie sepulcra familiaria und hereditaria. Bei den ersteren haben die Erben und die Familienglieder, selbst wenn sie nicht Erben sind, das Recht an denselben, bei den letzteren nur die Erben[68]). Hiervon unterscheiden jene Juristen noch das ius mortuum inferendi, von dem jedoch Knipschildt[69]) zugiebt, daß es sich vom ius sepulcrorum lediglich in derselben Weise unterscheide, wie commoditas a iure ususfructus. An sepulcra familiaria hätten nun hiernach alle Successoren ein Recht, welche zur Familie des Stifters gehörten. Bei sepulcra hereditaria ginge das Recht daran auf den ersten und die folgenden Fideicommißinhaber nicht über, die nicht Erben des Stifters seien; möglicherweise daher nur auf den ersten Besitzer, wenn er Erbe des Stifters ist, nie auf die folgenden, da nach L. 42 § 1 Ad SC. Treb. (36, 1) restituta hereditate iura sepulcrorum apud heredem remanent. Auch durch ausdrückliche Disposition des Stifters könnten hierbei die iura sepulcrorum auf einen späteren Successor nicht übertragen werden, sondern nur das ius inferendi mortuum in sepulcrum nach L. 14 C. De legat. (6, 37). Unseren jetzigen Verhältnissen ist eine Unterscheidung zwischen Erb- und Familienbegräbnissen, namentlich wenn sich damit rechtliche Wirkungen verknüpfen sollen, vollständig fremd. Und hierbei die commoditas vom ius sepulcrorum trennen

---

63) S. o. S. 112.
64) C. 9 X. De iure patron. (3, 38).
65) C. 5. C. 29 X eod. 66) C. 24 X. eod.
67) Molina l. c. I c. 24 n. 41. Knipschildt l. c. X n. 114—120.
68) L. 5. L. 6 pr. De relig. (11, 7). L. 8. L. 13 C. eod. (3, 44).
69) L. c. X n. 117.

und als besondere Begriffe statuiren zu wollen, hat heutzutage gar keinen Sinn. Wir müssen daher sagen, das Recht an einem Erbbegräbniß geht auf die sämmtlichen Fideicommißsuccessoren über, wenn sie der Familie des Stifters angehören. Ist dies nicht der Fall, so kann ihnen dieses Recht nur auf Grund einer Verleihung des letzteren zustehen. Diese braucht aber nicht ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend ertheilt sein. Eine solche stillschweigende Verleihung ist anzunehmen, einmal ohne Zweifel wenn der Stifter sein ganzes Vermögen zu einem Familienfideicommiß gewidmet hat; sie ist aber auch alsdann anzunehmen, wenn das Erbbegräbniß sich auf einem Gut befindet, das zum Familienfideicommiß bestimmt ist. Alsdann steht aber stets jenes Recht nicht nur dem ersten Inhaber, sondern auch den Successoren zu. Es versteht sich jedoch hierbei, daß der Stifter durch solche Anordnungen bereits bestehende Rechte Anderer nicht verletzen darf, also namentlich nicht, wenn er ein Familienfideicommiß zu Gunsten einer fremden Familie errichtet hat, den Mitgliedern derselben ein Recht an dem seiner Familie gehörenden Familienbegräbniß einräumen, so lange Mitglieder der letzteren vorhanden sind.

Dasselbe, was rücksichtlich eines Erbbegräbnisses gesagt ist, gilt von den besonderen Kirchensitzen, rücksichtlich deren ja auch vielfach ein vererbliches Recht sich geltend macht. Doch fällt hier die eben zu Gunsten der Mitglieder der Familie des Stifters gemachte Ausnahme fort, da sie auf einen Kirchensitz noch kein ius quaesitum haben[70]).

Wie aber der Fideicommißinhaber die mit den Grundstücken verbundenen Rechte ausüben darf, so kann er auch für dieselben neue erwerben, so Servituten, wofür sich unbedenklich L. 11 § 1 Quemadm. serv. (8, 6) anführen läßt, wonach die vom Erben für ein sub condicione Jemandem legirtes Grundstück erworbenen Servituten beim Eintritt der Bedingung auf den Legatar übergehen. Und nach Analogie hiervon ist dasselbe rücksichtlich jedes Realrechts zu sagen.

Wir sprachen dem Fideicommißbesitzer wahres Eigenthum an den Fideicommißsachen zu. Eigenthum ist aber die rechtliche Herrschaft der Person über die Sache, und darin liegt namentlich das Recht, beliebig auf die Sache einzuwirken, soweit dieses Recht nicht durch besondere Verhältnisse eingeschränkt ist. Diese Verfügungsbefugniß steht innerhalb der oben angegebenen Schranken auch dem Fideicommißbesitzer über die Fideicommißsachen zu. Nachdem wir daher das Recht desselben auf Gebrauch und Genuß betrachtet haben,

---

[70]) Bereits Molina (l. c. I c. 24 n. 34) erörtert die Frage, ob der Stifter, welcher durch bischöfliche Erlaubniß das Recht hatte, mit Ausschluß aller anderen auf einem bestimmten Platz in der Kirche (es ist also an einen besonderen Ehrenplatz gedacht) zu sitzen, dieses Recht auf die Fideicommißbesitzer übertragen könnte. Er will hierauf die rücksichtlich des Patronatsrechts aufgestellten Grundsätze zur Anwendung bringen, da dieses Recht mit jenem Institut einige Aehnlichkeit habe.

bleibt uns noch die Beantwortung der Frage offen, welche Dispositionen sind dem Besitzer erlaubt, welche in Folge der Vorschrift, daß die Substanz der Sache nicht verletzt oder verändert werden darf, untersagt.

Es versteht sich hierbei von selbst, daß dem Fideicommißbesitzer alle solche Veränderungen untersagt sind, welche sich als Deteriorationen darstellen, da diese augenscheinlich und unmittelbar einen Angriff auf die Substanz der Sache enthalten, doch wie verhält es sich mit den Veränderungen, die an sich als Verbesserungen erscheinen, oder gar keinen Einfluß auf den Werth der Sache haben. Hierauf geben nun die meisten Juristen die Antwort, daß der Besitzer derartige Veränderungen nicht vornehmen dürfe, wenn die Sache alsdann gar nicht oder nur mit vieler Arbeit und großen Kosten in ihrer früheren Gestalt wieder hergestellt werden könnte[71]). Diesen Satz können wir so unbedingt nicht als maßgebend annehmen, damit nicht bei einer derartigen Auffassung der nothwendigen Erhaltung der Substanz der Satz: summum ius summa iniuria sich bewahrheite. Vielmehr werden wir der Wahrheit näher kommen, wenn wir den von Gerber[72]) ausgesprochenen Gedanken zur Anwendung bringen, daß der Wille des Stifters das belebende Princip des Fideicommiß-Verhältnisses ist, wodurch dauernd in individueller Weise das Fideicommißeigenthum charakterisirt wird, vermöge dessen jeder Genußberechtigte auch positiv dafür thätig sein soll, daß das Fideicommiß, „so, wie es der Stifter begründete, je nach den wechselnden Ansprüchen der Zeit erhalten werde". Hiernach hat der jedesmalige Besitzer zunächst für die Erhaltung der Sache in ihrer ursprünglichen Gestalt zu sorgen und hat Veränderungen nur dann vorzunehmen, wenn solche, dem Willen des Stifters gemäß, für die Erhaltung der Sache erforderlich und dienlich sind, jedoch nicht der Sache als solcher, sondern als eines Objects, wodurch der Zweck der Stiftung erreicht werden kann. Der Wille des Stifters ist also der Prüfstein dafür, ob eine Veränderung mit der Fideicommißsache vorgenommen werden darf, oder nicht. Hat der Stifter selbst in der Stiftungsurkunde, wie das häufig geschieht, sich über etwaige Aenderungen ausgesprochen, so ist dies entscheidend, und selbst, wenn er solche schlechtweg untersagt hätte, so mußte es dabei bleiben, so unzweckmäßig eine solche Vorschrift auch unter Umständen sein kann. Hat der Stifter sich aber darüber nicht geäußert, so ist sein darauf bezüglicher Wille aus anderen dazu geeigneten Bestimmungen zu erschließen. Geben aber auch solche keinen Anhalt, so ist seinem nicht bekannten subjectiven Willen der Wille eines diligens pater familias zu substituiren, der Wille, welchen

---

[71]) Molina l. c. I c. 22 n. 7. Knipschildt l. c. X n. 122. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 12. Richter, de fideicommissis familiarum. Wildner, Fideicommiß-Recht S. 185 ff. Salza, Familien-Fideicommisse S. 105. Pözl, Bayerisches Staats-Recht § 47 S. 91.

[72]) In seinen Jahrbüchern I S. 73 f.

der Stifter jetzt äußern und bethätigen würde, wenn er ein geschäftskundiger Verwalter seiner Güter wäre[73]).

Wollen wir dies bei einzelnen Fällen zur Anwendung bringen, so ist bei ländlichen Grundstücken der Fideicommißinhaber befugt, den Wirthschafts-Modus zu ändern. Durch die veränderten Verkehrsverhältnisse kann dies nämlich leicht geboten erscheinen, indem dadurch der Anbau gewisser Fruchtarten, weil sie nicht zu verwerthen, durchaus unlohnend geworden, während der anderer einen bedeutenden Ertrag gewährt. Auch kann die vom Stifter und seinen Vorfahren gebaute Fruchtart den Bodenverhältnissen durchaus nicht entsprechen und deshalb nur geringen Gewinn gewähren. Aus diesem Grunde werden wir auch nicht so unbedingt, wie dies Molina[74]) thut, dem Fideicommißbesitzer, wie dem Usufructuar[75]), die Befugniß absprechen können, Obst- und Weinpflanzungen, zu beseitigen um ein größeres Ackerfeld zu gewinnen, oder zu gleichem Zweck ganze Waldungen oder beträchtliche Stücke derselben zu roden. Aus den angegebenen Gründen werden wir vielmehr demselben diese Befugniß unter Umständen gewähren müssen. Bedenklicher könnte die gleiche Beantwortung der Frage erscheinen, ob der Fideicommißbesitzer auf Fideicommißgrundstücken, die zum Ackerbau bestimmt waren, Bergwerke anlegen dürfe. Regelmäßig wird allerdings das Bergwerk einen höheren Ertrag gewähren, als der Ackerbau. Aber mit der Zeit wird das Bergwerk abgebaut, und alsdann wird der Boden, so wie er dann ist, sich schwerlich noch zum Ackerbau eignen. Es liegt also hier in der That eine Deterioration vor[76]). Nichts desto weniger müssen wir aber doch die Frage bejahen, weil sonst das auf dem Grundstück befindliche Mineral den Fideicommißbesitzern ganz verloren ginge, und erst den Allodialerben des letzten Besitzers zu Gute käme, während im entgegen-

---

[73]) Daß diese Auffassung den Regeln des Civilrechts conform ist, zeigt unter anderen das Beispiel des Vormunds, für dessen Verhalten bei der Verwaltung der Güter des Pupills die eigene Handlungsweise des letzteren, wenn er zur Verwaltung seines Vermögens vollkommen geschickt wäre, als Richtschnur dient, wie auch das in dem Satz liegt: Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet (L. 27. De adm. tut. [26, 7]).

[74]) L. c. I c. 22 n. 7. [75]) L. 13 § 4 De usufr. (7, 1).

[76]) Ueber dieses Bedenken dürfen wir uns auch nicht auf Grund der L. 13 § 5 De usufr. (7, 1) hinwegsetzen, denn wenn hier auch Ulpian dem Usufructuar die Befugniß zuschreibt, die auf einem lediglich zum Gewinn bestimmten Grundstück (vgl. Puchta, Vorlesungen § 181) befindlichen Wein-, Baum- und Oelpflanzungen zu beseitigen, um auf dem dadurch eingenommenen Boden ein Bergwerk anzulegen, so liegt hier doch die Sache anders, als beim Familienfideicommiß, da die Nutznießung des Usufructuars eine beschränkte, höchstens auf seine Lebenszeit bestellt ist, während beim Familienfideicommisse, welches von Generation zu Generation geht, wenn das gedachte Recht von einer Reihe von Besitzern ausgeübt ist, eine Zeit kommen kann, wo in Folge des Bergbaues der Vorbesitzer das Grundstück oder ein bedeutender Theil desselben gar keinen Ertrag mehr gewährt.

gesetzten Fall der Besitzer sich bewogen fühlen könnte, den aus dem Bergwerk gewonnenen Ertrag zur Vergrößerung des Fideicommisses anzuwenden. Es kommt noch hinzu, daß wenn nicht der Besitzer um die Verleihung des Bergwerks nachsucht, jeder Dritte schürfen und die Verleihung des Minerals verlangen kann. Der dem Fideicommiß durch Eröffnung des Bergwerks drohende Nachtheil wird aber dadurch abgewendet, daß der Besitzer, wenn ihm das Bergwerk auf dem Fideicommißgut verliehen wird, wie jeder Dritte gehalten ist, volle Entschädigung für das dem Fideicommiß entzogene Land zu leisten und den Betrag desselben dem Fideicommiß zuzuschlagen. Dagegen wird man dem Besitzer nicht das Recht einräumen dürfen, die auf den Fideicommißgütern befindlichen Luxus-Anlagen zu beseitigen und durch nutzbringende zu ersetzen, also einen Lusthain in ein Ackerfeld oder einen Rosengarten in einen Kohlgarten zu verwandeln. Denn hier würde er offenbar gegen die Intention des Stifters handeln, der bei den mit dem Gut getroffenen Einrichtungen nicht nur den Gesichtspunkt des Gewinns im Auge hatte, sondern an demselben auch einen möglichst angenehmen Aufenthaltsort haben wollte. Wohl aber wird der Fideicommißinhaber die Befugniß haben, Fabriken auf dem Fideicommißgut anzulegen, namentlich um die Producte desselben zu verarbeiten und so besser verwerthen zu können, wie ja schon dem Usufructuar das Recht zusteht, zum Einsammeln der Früchte Gebäude zu errichten[77]) und der Vasall überhaupt Häuser auf dem Lehngut bauen darf[78]). Hieraus können wir weiter den Schluß ziehen, daß der Besitzer auch Wohnhäuser zum Vermiethen errichten darf, weil etwa in der unmittelbaren Nähe des Guts das Bedürfniß nach solchen vorhanden, z. B. ein Badeort entstanden ist.

Beschränkter, als in der Verfügung über Ländereien des Fideicommisses, ist der Besitzer jedenfalls in der Verfügung über die zu demselben gehörigen Wohnhäuser, soweit sie zur Wohnung für die Fideicommiß-Familie selbst dienen. Denn die zur Beherbergung für die Dienstboten dienenden Häuser unterliegen, wie alle Wirthschaftsgebäude ganz in derselben Weise zeitgemäßen Abänderungen, wie die Bewirthschaftung der Ländereien. Rücksichtlich der Wohnhäuser macht sich aber neben dem bei den Luxus-Anlagen bereits hervorgehobenen Gesichtspunkt noch der geltend, daß der Stifter sein Andenken erhalten und von sämmtlichen Fideicommißfolgern geehrt wissen will, und daß er die Familie nicht nur bei Wohlstand und Ansehen bewahren, sondern auch in den einzelnen Gliedern derselben das Bewußtsein der Zusammengehörigkeit, den Familiensinn erhalten will. Hieraus kann man in der That die Pflicht ableiten, das Wohnhaus möglichst zu conserviren, denn erfahrungsmäßig dient von den uns umgebenden Dingen nichts so sehr dazu, die Erinnerung an unsere Eltern und Vorfahren, an unsere Familie, in uns zu beleben, als das

---

77) L. 13 § 6 De usufr. (7, 1).

78) II F. 28 § 2.

von ihnen herrührende Haus [79]), und es ist wohl nicht zufällig und bedeutungslos, daß Haus und Familie gleichbedeutende Begriffe, und daß sehr häufig der Familienname von dem Namen des Hauses oder Schlosses, welches sich von Generation zu Generation in der Familie erhalten hatte, des alten Stammsitzes hergenommen ist. Die Verfügungsbefugniß des Fideicommißbesitzers über das Haus wird daher noch beschränkter sein, als in Betreff eines Gartens oder Parks. Es sind demselben nicht nur alle Aenderungen untersagt, welche sich auf den Gebrauch des Hauses im Ganzen beziehen, also etwa die Umgestaltung desselben zu einem Gasthause, Anlegung einer Badeanstalt in ihm, sondern auch Aenderungen in den einzelnen Theilen und Einrichtungen desselben. Er darf nicht große Gemächer, also etwa einen Saal in mehrere kleine Stuben verwandeln, aus mehreren kleinen größere herstellen, einem Portal eine andere Lage geben, eine Veranda, eine Rampe wegräumen. Ueberhaupt glaube ich nicht, die Befugnisse des Fideicommißbesitzers ungebührlich zu schmälern, wenn ich für die Benutzung des Wohnhauses die dem Usufructuar gesetzten Grenzen für maßgebend halte [80]); natürlich nur soweit sich diese Bestimmungen auf Veränderungen durch Beseitigung bereits vorhandener Baulichkeiten beziehen, wogegen er nicht gehindert werden kann, durch Errichtung neuer Baulichkeiten das noch nicht vollendete oder nicht bewohnbare Haus erst zur Benutzung fähig zu machen, weshalb Bestimmungen, wie L. 44. L. 61 De usufr. für den Fideicommißinhaber sicher unanwendbar sind. Der Besitzer hat aber nicht nur alle wirklich baulichen Veränderungen zu vermeiden, sondern auch die einzelnen Räumlichkeiten möglichst ihrer ursprünglichen Bestimmung zu lassen, so z. B. einen Bibliothek-Saal nicht in einen Speise-Saal oder Tanz-Saal zu verwandeln, obwohl ich eingestehe, daß dies wohl mehr eine Pietätspflicht, als eine juridische ist, und sie sich auch wohl nur in Folge einer besonderen dahin zielenden Vorschrift des Stifters wird erzwingen lassen. Ist das Haus zufällig zerstört, so muß es der Besitzer, so weit dies möglich, in seiner ursprünglichen Gestalt und Beschaffenheit wieder herstellen lassen. Dagegen darf der Besitzer alle möglichen Verzierungen im und am Hause vornehmen, wenn er nur dabei solche vorhandenen, welche von Werth, namentlich künstlerischem sind, nicht verletzt: excolere enim quod invenit potest qualitate aedium non immutata.

Rücksichtlich der Verfügung über bewegliche Sachen wird der Fideicommißbesitzer regelmäßig Beschränkungen nicht unterliegen. Sind sie auch Pertinenzen des Fideicommisses, so erstreckt sich doch das Verbot der Veräußerung und Veränderung der Substanz nicht auf sie, sie sind vielmehr gar nicht

---

[79]) Diese Erwägung macht auch Constantin in L. 22 C. De adm. tut. (5, 37) bei der Ausdehnung des Veräußerungsverbots bei den Mündelgütern auf die praedia urbana geltend, wenn er sagt: Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua maiorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.

[80]) L. 7 § 3. L. 8. L. 13 §§ 7 u. 8 De usufr. (7, 1).

individuell, sondern nur ihrem Werth nach als zum Fideicommiß gehörig zu betrachten[81]). Es sind daher nur zwei Fälle genauer zu betrachten, nämlich einmal, wenn einzelne Mobilien, besonders werthvolle Sachen vom Stifter ausdrücklich mit Fideicommißqualität belegt sind, und dann bei solchen, welche allein den Gegenstand des Fideicommisses bilden, was, wie wir sahen, nur bei Capitalien nach gemeinem Recht möglich ist. Bei den ersteren Sachen ist durch die Bestimmung des Stifters, daß die Sachen individuell dem Fideicommiß erhalten werden sollen, das Verfügungsrecht sehr beschränkt. Das Maß ist jedoch lediglich nach der Natur der Sachen und dem Sinn der betreffenden Vorschrift der Stiftungsurkunde zu bestimmen. Bei Bibliotheken ist naturgemäß dem Sinn der Stiftung nach jede Veräußerung der einzelnen Bestandtheile, d. h. der Bücher verboten. Bei Schmucksachen, wo es sich darum handelt, ob dem Fideicommißbesitzer eine Veränderung der Form gestattet sei, muß man einen Schluß auf den Willen des Stifters aus der in der Stiftungsurkunde gebrauchten Redeweise ziehen. Hat der Stifter seine „Juwelen" mit einem Fideicommiß belegt, so hindert den Besitzer nichts, dieselben neu fassen zu lassen, wenn nur der Gold- oder Silberwerth der Fassung derselbe bleibt. Hat dagegen der Stifter sein Geschmeide, sein Gold- und Silbergeräth mit dem Fideicommiß belegt, so wird eine Veränderung der Fassung oder Form, selbst wenn sie sich lediglich als Modernisirung darstellen sollte, dem Besitzer nicht erlaubt sein. Da nämlich bei jeder Veränderung der Person des Inhabers schon an und für sich tantundem auch der Pertinenzen des Fideicommisses und zwar jeglicher Art der vorhandenen Sachen zu restituiren ist, so hat die Belegung mit dem Fideicommiß nur den Sinn, daß die Form nicht geändert werden darf; denn dadurch wird die Sache zu einer ganz anderen. Man kann auch nicht sagen, daß der Besitzer bei einer durch ihn vorgenommenen Modernisirung dem muthmaßlichen Willen des Stifters gemäß handele; denn den Zweck, welchen der Stifter bei der ausdrücklichen Belegung der Sachen mit dem Fideicommiß verfolgte, zur Pracht zu dienen und Zeugniß von dem alten Reichthum der Familie abzulegen, erfüllen sie auch in der alterthümlichen Gestalt. Werden andere bewegliche Sachen, z. B. Möbel, Wagen besonders mit dem Fideicommiß belegt, so ist natürlich das Ueberziehen der Polstermöbel und das Ausschlagen des Wagens mit neuen Stoffen die einzige mögliche Veränderung. Eines ausdrücklichen Verbots der Veränderung wird es in den angegebenen Fällen nicht erst bedürfen[82]).

---

[81]) Es ist hiermit nicht gesagt, daß es genüge, wenn der Fideicommißbesitzer den Werth solcher Sachen in Geld dem Successor hinterläßt; dieser kann vielmehr Sachen derselben Art und derselben Güte verlangen. Findet er diese nicht vor, sondern will ihn der Erbe mit Geld abfinden, so könnte er außer dem Werth der Sachen, noch den Schaden ersetzt verlangen, welcher ihm dadurch erwächst, daß er jene sich erst verschaffen muß.

[82]) Im Wesentlichen übereinstimmend Wildner, das Fideicommiß-Recht

Bei Capitalien läßt sich das Verbot einer Veränderung der Substanz gar nicht denken, weil hier nicht die Individuen, die einzelnen Geldstücke, sondern der Werth, die Summe Gegenstand des Fideicommisses ist, indem dieselben ja sonst ihren Zweck, einen Ertrag zu gewähren, gar nicht erfüllen könnten. Eine gewisse Verwaltung des Capitals, bestehend in der Befugniß, dasselbe zinstragend anzulegen, wird hierbei dem jedesmaligen Fideicommißinhaber nicht gut ganz abzusprechen sein, wenn nicht jene einer dritten Person oder einer Behörde übertragen werden soll, wodurch abgesehen von den Bedenken, welche sich gegen die Zweckmäßigkeit einer solchen Einrichtung erheben ließen, der Charakter des Fideicommisses geradezu aufgehoben und dieses in eine Stiftung verwandelt würde. Diese Verwaltung steht aber nach gemeinem Recht dem jedesmaligen Besitzer allein zu, da er Eigenthümer ist. Es ist durchaus für eine positive Vorschrift zu halten, wenn das Preußische Landrecht[83]) in den Fällen, in denen es überhaupt die Einziehung des ausstehenden Fideicommißcapitals und dessen anderweitige Belegung zuläßt, hierzu die Zuziehung der beiden nächsten Fideicommißanwärter dem Besitzer vorschreibt, welche man für das gemeine Recht unter keiner Bedingung zur Anwendung bringen darf. Doch fragt es sich, ob diese Verwaltung dem Besitzer principaliter oder erst subsidiair zusteht, ob er daher nach eigenem Ermessen Fideicommißcapitalien, wenn solche auf Kündigung stehen, einziehen darf, oder nur im Nothfall, nämlich wenn die Sicherheit des Capitals gefährdet ist, oder der Schuldner selbst das Capital kündigt. Das Preußische Landrecht giebt ihm die Befugniß nur im letzteren Falle[84]), indem es als Regel aufstellt (§ 127): „Er ist nicht berechtigt, das Capital selbst eigenmächtig einzuziehen" und „an Andere abzutreten". Doch dieser Grundsatz ist nach gemeinem Recht, natürlich abgesehen von besonderer Anordnung des Stifters, nicht für maßgebend zu halten. Es

S. 185 f. Confus Salza, Familien-Fideicommisse S. 169, der zuerst nur so weit eine Modernisirung zuläßt, „als die im Inventar als wesentlich bezeichnete Form, Menge und Güte" dadurch nicht verloren geht, darauf aber die Umarbeitung eines Silberservices gestattet, wenn nur Gewicht und Feingehalt des Silbers dieselben bleiben, weil alsdann „die Substanz in ihrem Wesen erhalten und nur ihre außerwesentliche Form geändert ist". Mit der im Text vorgetragenen Ansicht stimmt auch Moser, größeres Staats-Recht Th. XXIII S. 392 (der freilich von dem — in dieser Hinsicht verwandten — Güterrecht des hohen Adels redet) überein, denn wenn er eine zeitgemäße Aenderung der Stammkleinodien nur unter der Voraussetzung für erlaubt hält, daß der Besitzer dieses nicht ohne Bewilligung des mehreren Theils derer Interessenten thue", so spricht er es damit zugleich aus, daß dem Besitzer die in Rede stehende Befugniß abgeht.

[83]) § 128 A. L. R. II, 4.

[84]) § 128 A. L. R. II, 4: „Ereignet sich etwas, wodurch die Sicherheit des Capitals bedenklich wird: so muß er mit Zuziehung der nächsten Anwärter, nach obiger Bestimmung § 87 sqq. für dessen Einziehung und anderweitige Unter-

ergiebt sich dies aus dem Rechtsverhältniß, in dem der Fideicommißbesitzer steht, und der Qualität des Capitals, dessen Gegenstand Geld, eine fungible Sache ist. Der Besitzer ist Eigenthümer des Capitals, jedoch in so fern beschränkt, als er dasselbe restituiren muß. Dieser seiner Pflicht genügt er aber, wenn er ein gleich großes Capital, das dieselbe Sicherheit genießt, als das, welches er erhalten hat, seinem Nachfolger hinterläßt. Es kommt nicht darauf an, daß dieses Capital auch bei demselben Schuldner steht. Eine derartige Vorschrift würde dem Vortheil der Fideicommiß-Familie, nicht nur des gegenwärtigen Besitzers, sondern auch der Successoren widersprechen. Denn wenn es dem Fideicommißbesitzer unbedingt versagt wäre, eine vortheilhafte Gelegenheit zur anderweitigen Anlegung des Geldes zu benutzen, so würde dadurch den Fideicommißsuccessoren jede Aussicht auf einen höheren Zinsgenuß entzogen sein. Allerdings kann gerade in Folge einer solchen anderweitigen Anlegung des Capitals dasselbe ganz oder zum Theil verloren gehen; doch diese Möglichkeit kann für die Aufstellung des Princips gar nicht in Betracht kommen, da es etwas rein Factisches ist und ebenso auch die Successoren treffen kann, wenn das Capital bei dem ursprünglichen Schuldner stehen bleibt. Man muß es eben hier bei der Pflicht des Besitzers zur diligentia und dem Regreß gegen sein Vermögen und seine Erben bewenden lassen. Ebenso ist die ohne Noth erfolgte Anlegung des Capitals zu einem niedrigeren Zinsfuß, als dem bisherigeren lediglich unter dem Gesichtspunkt der Deteriorationen aufzufassen. Die Fideicommißsuccessoren sind daher in jedem Falle verpflichtet, den Darlehnsvertrag anzuerkennen und das Capital die festgesetzte Zeit hindurch bei dem Schuldner stehen zu lassen. Das Preußische Landrecht verkennt bei den Beschränkungen, die es dem Fideicommißinhaber bei Capitalien auferlegt, vollständig die rechtliche Stellung desselben. In seiner Eigenschaft als Besitzer faßt es denselben nicht einmal als Untereigenthümer auf, sondern drückt ihn geradezu zum Usufructuar herunter[85]), und nur in seiner Eigenschaft als Mitglied der Familie, der Inhaberin des Obereigenthums oder hier besser geradezu der proprietas, kommen ihm in Gemeinschaft mit anderen Familiengliedern Eigenthumsrechte, Verfügungsbefugnisse in beschränktem Maße zu. Daß natürlich ein derartiges Verfügungsrecht über die Fideicommißcapitalien dem Besitzer bei solchen nicht zusteht, welche bereits durch den Stifter unkündbar auf ein Grundstück gelegt sind, daß vielmehr bei diesen jener auf die Erhebung und den Genuß der Zinsen beschränkt ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

---

bringung sorgen." § 129: „Ein Gleiches muß geschehen, wenn der Schuldner das Capital aufzukündigen berechtigt ist, und wirklich aufkündigt."

[85]) § 126 A. L. R. II, 4: „Bei Geldfideicommissen schränkt sich das Recht des Besitzers der Regel nach bloß auf die Erhebung und den Genuß der Zinsen ein".

§ 15.
Die Pflichten des Fideicommißbesitzers.

Die Pflichten des Fideicommißinhabers ergeben sich in gleicher Weise, wie die Befugnisse, aus dem Rechtsverhältniß, in welchem derselbe steht. Er ist Eigenthümer des Fideicommißguts, aber er hat dasselbe dem vom Stifter vorher bestimmten Nachfolger in demselben Zustand, wie er es überkommen, zu hinterlassen. Daraus ergiebt sich für denselben die Verbindlichkeit, die zum Fideicommiß gehörigen Sachen in gutem Zustand zu erhalten und die nothwendigen Verbesserungen und Reparaturen zur gehörigen Zeit vorzunehmen. Und zwar hat er hierbei als diligens pater familias zu verfahren, haftet also für omnis culpa. Das ist die übereinstimmende Meinung der älteren und neueren Juristen[1]) und hat auch in der Gesetzgebung seinen Ausdruck gefunden[2]), wenn schon erstere zum Theil, die neueren Particulargesetze, welche darauf eingehen, durchweg zu eben jenem Resultat von der Auffassung der Fideicommisse als im getheilten Eigenthum stehender Güter gelangen[3]).

Der aufgestellte Grundsatz gilt einmal von Immobilien, und zwar hat der Besitzer bei Landgütern den Acker nach landwirthschaftlichen Regeln zu

---

[1]) Knipschildt, de fideicommissis familiarum XII n. 55. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 12 N. 1 f. Dalwigk, Erbrecht III S. 70 f. Salza, Familien-Fideicommisse S. 171.

[2]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 12: „Nachdeme 1mo. das Fideicommiss nicht auf des Fideicommissarii Allodial-Erben, sondern auf den nächsten Fideicommiss-Successorem fallt, mithin demselben seiner Zeit, sobald ihn die Ordnung betrift, in dem nemlichen Stand, wie es der Antecessor empfangen hat, restituirt und eingeraumt werden muß, so ist auch 2do. jeder Fideicommiss-Inhaber schuldig, dasselbige in besagten Stand auf eigne Köften ex Fructibus zu erhalten, solchemnach 3tio. all gebührenden Fleiß, wie jeder guter Haus-Wierth zu thun pflegt, hierunter zu verwenden, und den durch merklichen Unfleiß oder gar fürsetzlicher Weis hieran verursachten Schaden zu erstatten". Bayerisches Edict über die Familien-Fideicommisse § 44: — „er (scil. der Fideicommißbesitzer) trägt — alle Lasten und ist verbunden, die Fideicommißgüter in gutem Stande zu erhalten, und hierauf den Fleiß eines guten Hausvaters zu verwenden". Oesterr. A. B. G. B. § 631: — „Er (scil. der Fideicommißbesitzer) trägt — alle Lasten. Für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz hat er nicht zu haften." Großherzogl. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 17: — „Dagegen ist der Fideicommißbesitzer verbunden, alle Lasten des Fideicommisses zu tragen, die Bestandtheile desselben in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten und darauf allen Fleiß eines guten Hausvaters zu verwenden".

[3]) Das Preußische Landrecht spricht sich gar nicht näher über die Pflichten des Fideicommißbesitzers aus, sondern hebt nur eben hervor, daß es die des Untereigenthümers seien, läßt jedoch an erster Stelle die Bestimmungen der Stiftungsurkunde entscheiden: § 74 A. L. R. II, 4.

bauen, die auf jenen befindlichen Anlagen, Bewässerungs-Anstalten, ferner Baumpflanzungen, Weinberge in gutem Stande zu erhalten, und daher Bäume und Weinstöcke, welche im gewöhnlichen Lauf der Natur abgehen, nachzupflanzen, wie dazu nach Civilrecht bereits der Usufructuar verpflichtet ist[4]). In gleicher Weise hat derselbe die gewöhnlichen Reparaturen bei Gebäuden vorzunehmen, und diese, wie die Römer sich ausdrücken, sarta tecta zu erhalten[5]).

Dasselbe ist auch rücksichtlich solcher Mobilien zu sagen, die nicht zum Gebrauch, sondern nur zum Schmuck und zur Zierde, oder aber auch zum Gebrauch, aber nicht zum täglichen, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten bestimmt sind, wenn dieselben durch ihr Alter Beschädigungen erlitten oder unansehnlich geworden sind. Und zwar hat der Besitzer die Kosten hierfür lediglich aus den Einkünften des Fideicommisses zu decken; er darf das letztere deshalb nicht mit Schulden belasten.

Den Schaden aber, welcher den einzelnen Fideicommißgegenständen der Art durch außerordentliche Unglücksfälle zugefügt ist, braucht der Besitzer nicht aus den Einkünften des Fideicommisses wieder zu ersetzen, eben so wenig aus denselben Häuser neu aufzuführen, welche durch Alter baufällig geworden. Hierfür sind eben so wohl die für den Usufructuar als für den Ehemann rücksichtlich der res dotales geltenden Regeln des Civilrechts maßgebend[6]). Dieser Grundsatz gilt auch nach Preußischem Landrecht, welches den zu einem solchen Behuf gemachten Aufwand zu den nothwendigen Schulden des Fideicommisses rechnet[7]). Dagegen macht

---

[4]) L. 18. L. 13 § 2. L. 9 § 6. De usufr. (7, 1).

[5]) Dasselbe bestimmt in Betreff des Usufructuars L. 7 § 2 u. § 3 De usufr. (7, 1). L. 7 C. eod. (3, 33).

[6]) L. 59 pr. De usufr. (7, 1): Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii eversas, ab eo substitui non placet. L. 7 § 2 eod.: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat; si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere: sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. Unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit: si quae vetustate corruerunt, reficere non cogitur. Modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera agnoscit usufructu legato, utputa stipendium vel tributum vel solarium vel alimenta ab ea re relicta. L. 7 § 16 Sol. matr. (24, 3): Impendi autem fructuum percipiendorum caussa, Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totius anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. Plane si novam villam necessario extruxit, vel veterem totam sine culpa conlapsam restituerit, erit eius impensae petitio: simili modo et si pastina instituit; hae enim impensae aut in res necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem.

[7]) § 81 A. L. R. II, 4. § 84: „Dagegen ist ein Fideicommiß-Folger, welcher

dasselbe es dem Fideicommißbesitzer zur Pflicht, die zum Fideicommiß gehörigen Gebäude gegen Feuersgefahr zu versichern, und läßt ihn, wenn er dieses unterläßt, für allen Schaden haften, der dadurch hätte vermieden werden können[8]. Diese Vorschrift wird man auch für das gemeine Recht unbedenklich für maßgebend halten dürfen, da die Beobachtung derselben jedenfalls zu der dem Besitzer obliegenden diligentia gehört. Auch wird man dieselbe ausdehnen können auf alle anderen üblichen Versicherungen, wodurch Schaden von der Substanz des Fideicommisses abgewendet oder doch verringert werden kann, demgemäß auch bei einem Geldfideicommiß, wo Hypotheken-Versicherungen bestehen, zur Versicherung der zum Fideicommiß gehörenden Capitalien. Wenn wir aber in den angegebenen Fällen den Fideicommißbesitzer nicht für verpflichtet hielten, die Kosten aus den Einkünften zu bestreiten, so muß dies der Beschränkung unterliegen, daß der Schaden ein beträchtlicher ist, indem geringe Beschädigungen unzweifelhaft vom Besitzer zu tragen sind. Hierfür ließe sich bereits der für den Usufructuar geltende Satz der L. 7 § 2 De usufr.: modica refectio ad eum pertinet anführen, den man, wie aus der gleich folgenden Begründung desselben (quoniam et alia onera agnoscit) hervorgeht, nicht nothwendiger Weise auf die Reparatur von Gebäuden zu beschränken hat. Daß wir aber, hiervon abgesehen, lediglich die für den Usufructus und die Dos aufgestellten Grundsätze mit den älteren Juristen[9], zur Anwendung bringen, findet seine Rechtfertigung darin, daß dieselben auch für das Lehnrecht als maßgebend anerkannt sind, in dem der außerordentliche Aufwand, welcher zur Erhaltung des Lehns gemacht ist, unter die Rubrik der Lehnsschulden fällt[10]. Man darf den Fideicommißbesitzer namentlich auch nicht von dem Gesichtspunkt zum Tragen des periculum für verpflichtet halten, daß derselbe wahrer Eigenthümer ist, denn auch der Ehemann gilt rücksichtlich der dos als solcher und haftet nichts desto weniger doch nicht für den casus. Eben so wenig kann man die Analogie des Emphyteuta herbeiziehen und danach[11] den Fidei-

---

die Gebäude von seinen Vorfahren in so schlechten Umständen überkommen hat, daß sie eines neuen Baues, oder einer Hauptreparatur bedürfen, die dazu erforderliche Summe auf die Nutzungen des Fideicommisses aufzunehmen berechtigt, wenn das freie Vermögen des Vorfahren zu Ersatze derselben nicht hinreicht."

[8] § 82 A. L. R. II, 4: „Doch soll künftig jeder Fideicommiß-Besitzer schuldig sein, die zum Fideicommisse gehörigen Gebäude in die Feuer-Versicherungs-Gesellschaft aufnehmen zu lassen". § 83: „Ist dies durch seine Schuld unterblieben: so kann er wegen Feuerschäden, deren Vergütung durch Beiträge der Gesellschaft erfolgt sein würde, die Einkünfte des Fideicommisses zum Nachtheile künftiger Besitzer, mit Schulden nicht beschweren".

[9] Knipschildt l. c. XII n. 57 sq.

[10] Schweder, de meliorationibus feudi in disput. I n. 4. Pufendorf, observationes iuris III obs. 143.

[11] L. 1 C. De iure emphyt. (4, 66).

commißbesitzer zum Tragen eines jeden Verlustes, außer dem gänzlichen Untergang des Guts, für verpflichtet halten, da die für jenen im justinianischen Recht geltenden Grundsätze auf positiver Vorschrift beruhen und daher nicht ohne Weiteres auf das wesentlich verschiedene Verhältniß des Fideicommißbesitzers anzuwenden sind. Dagegen ist der Besitzer auch bei solchen außerordentlichen Beschädigungen, welche das Fideicommiß betroffen, verpflichtet, dieselben zu beseitigen und dadurch jenes vor größeren Verlusten zu bewahren, wobei es ihm freisteht, die Substanz des Fideicommisses mit dem gemachten Aufwand, als einer Fideicommißschuld zu belasten, resp. seinen Allodialerben die Befugniß gegeben ist, Ersatz deswegen von den Fideicommißsuccessoren zu verlangen. Unterläßt der Besitzer jene Wiederherstellung, so macht er sich dadurch für allen weiteren das Fideicommiß treffenden Schaden verantwortlich, welcher durch jene hätte verhütet werden können. Es geht dies hervor aus der dem Inhaber obliegenden Verbindlichkeit, mit Aufwendung der diligentia diligentis patris familias für die Erhaltung des Fideicommisses zu sorgen.

Bewegliche Sachen, die ihrer Natur oder ihrer Bestimmung nach nur eine beschränkte Dauer haben, d. h. Thiere und Mobilien, welche durch den täglichen Gebrauch, welchem sie unterworfen, abgenutzt und demgemäß mit der Zeit unbrauchbar werden, sind, wie wir schon oben sahen, nur uneigentlich Gegenstand eines Fideicommisses, und es sind natürlich bei dem Tode des bisherigen Besitzers nicht alle Gegenstände, welche dieser beim Erwerb des Fideicommisses erhalten, in specie dem Nachfolger desselben zu restituiren, es genügt vielmehr, wenn nur gleich viel Sachen derselben Art und von derselben Güte im Fideicommiß vorhanden sind. Daraus folgt, daß hierfür nicht die Grundsätze des Ususfructus zur Anwendung gebracht werden können, sondern vielmehr die des instrumentum aestimatum oder der dos aestimata, und demgemäß der Fideicommißbesitzer nicht nur den naturgemäßen durch den Lauf der Natur verursachten, sondern überhaupt einen jeden, auch außerordentlichen Verlust, welcher Sachen der Art betroffen, zu ersetzen und somit ganz unbedingt für casus einzustehen hat[12]).

---

[12]) Nach Analogie der L. 54 § 2 Locati (19, 2): Paullus respondit: servus, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit, et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere. L. 10 pr. De J. D. (23, 3): Plerumque interest viri res non esse aestimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur; eveniet enim, si aestimata sint, et ea mulier adtriverit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. Diese Analogie ist um so unbedenklicher, als schon die römischen Juristen sich in Betreff der von ihnen über die locatio irregularis aufgestellten Grundsätze auf die bei der dos aestimata geltenden berufen: L. 3 Locati: Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

Der Fideicommißbesitzer hat ferner alle auf den Gütern liegenden Lasten zu tragen, namentlich die Steuern und sonstigen öffentlichen Leistungen, dauernde, wie vorübergehende, und zwar sowohl die staatlichen, als communalen, wie die aus sonstigen Verbänden sich herschreibenden, z. B. die Deichlast, auch trifft ihn die etwaige Zehntpflicht. Endlich hat er die Zinsen der auf den Fideicommißgütern haftenden Schulden zu bezahlen. Auch hierbei ist jedoch dieselbe Unterscheidung, wie oben zu machen. Die gewöhnlichen Lasten hat der Besitzer selbst zu tragen, ohne deshalb einen Anspruch gegen das Fideicommiß und seine Nachfolger herleiten zu können [13]), wie diese schon der Usufructuar zu tragen hat [14]). Das ist auch in der älteren und neueren Gesetzgebung zum Ausdruck gekommen [15]). In dieser Hinsicht stellen nun einige ältere Juristen [16]) den Satz auf, daß der Fideicommißbesitzer, dem freilich deswegen ein Regreß gegen die Allodialerben des Vorbesitzers zustehe, auch für die von diesem rückständigen Leistungen hafte, da diese Lasten dingliche Natur hätten, und daher gegen jeden Besitzer des Guts geltend gemacht werden könnten. Und diesen Grundsatz hat auch das Bayerische Landrecht in Betreff der Abgaben aufgestellt [17]). Allein für das heutige Recht ist derselbe nicht für richtig

---

[13]) Molina, de Hispan. primog. I c. 27 n. 8 sq. Knipschildt l. c. XII n. 44 sq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 17 N. 1.

[14]) L. 7 § 2 De usufr. (7, 1): — et alia onera agnoscit usufructu legato, utputa stipendium vel tributum vel solarium —. L. 27 § 3 eod.: Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquaeductus, qui per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit. Sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subiturum. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus; sed et si quid municipio debetur; nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliore pretio addicere, solent et fisco functiones praestare. Haec onera ad fructuarium pertinebunt. L. 28 De usu legat. (33, 2): Quaero, si ususfructus fundi legatus est, et eidem fundo indictiones temporariae indictae sint, quid iuris sit. Paullus respondit: idem iuris esse, et in his speciebus, quae postea inducuntur, quod in vectigalibus dependendis responsum est, ideoque hoc onus ad fructuarium pertinet.

[15]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 17 N. 1 (s. u. Note 17) Oesterr. A. B. G. B. § 631 (s. o. Note 2). Bayer. Edict über die Familien-Fideicommisse § 44 (s. ebendas.). Großherzogl. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 17 (s. ebendas.) Das Preußische Landrecht enthält in Betreff des in Rede stehenden Punktes über das Familienfideicommiß keine besonderen Vorschriften. Es muß daher nach diesem der für den Untereigenthümer maßgebende § 11 I, 18 zur Anwendung gebracht werden, welcher bestimmt: „Dagegen ist aber auch der nutzbare Eigenthümer alle ordentliche und außerordentliche Lasten der Sache ohne Beitritt des Obereigenthümers, zu tragen verpflichtet".

[16]) Molina l. c. I c. 15 n. 8. Knipschildt l. c. XII n. 46—48.

[17]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 17: „1mo. Muß jeder Fideicommiss-Inhaber die ab dem Fideicommiss-Gut unter ihm verfallende Steuern, Anlagen,

zu halten, da nach der jetzt herrschenden Meinung bei Reallasten die Forderung wegen rückständiger Leistungen sich nicht gegen den jeweiligen Besitzer des belasteten Grundstücks, sondern gegen den Schuldner selbst und dessen Universalsuccessoren richtet[18]), wie auch für die Abgaben irgend welcher Art dasselbe Princip für maßgebend zu halten ist. Nur rücksichtlich der Deichlast ist eine Ausnahme zu machen[19]). Die älteren Juristen berufen sich für die Richtigkeit ihrer Ansicht auf L. 39 § 5 De legat. I (30) und L. 7 De publican. et vect. (39, 4). Von diesen Stellen kommt hier jedoch nur die letztere in Betracht, da die erstere gerade das Gegentheil der von den älteren Juristen vertheidigten Meinung enthält. In L. 7 wird allerdings ein Rescript des Antoninus und Verus des Inhalts angeführt: in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere; allein diese Bestimmung kann wohl als eine reine Finanzvorschrift für das heutige Recht keine Anwendung finden. Wegen außerordentlicher Lasten der in Rede stehenden Art, als Kriegscontributionen[20]), außergewöhnlicher Deichlasten und ähnlicher, kann die Substanz des Fideicommisses angegriffen oder wenigstens mit Schulden deshalb be-

---

Contributionen und dergleichen Bürden ex Fructibus entrichten und was 2do. nach seinem Tod hieran restirt, das wird zwar bey dem Fideicommiss-Gut und folgenden Successore gesucht, welchem aber der Regress um das, was nicht unter dem Fideicommittente selbst, sondern nur unter einem vorhergehenden Fideicommissario angeschwollen ist, bey desselben hinterlassenen Allodio bevorstehet". Der Codex beschränkt übrigens die Verhaftung des Fideicommisses, oder des jeweiligen Fideicommißbesitzers als solches auf die Zeit von drei Jahren vom Tage der Fälligkeit der Leistung an. Es heißt nämlich weiter: „Man verhoft auch 3tio. es werden sich die Einnehmere mit Beytreibung dergleichen Gefällen nicht saumig finden lassen, indeme das, was disfalls ohne suchender Execution über drey Jahr ansteht, bey dem Fideicommiss nicht mehr erholet werden mag, sondern gleichwol entweder bey des Debitoris Allodial-Vermögen, oder bey dem saumigen Beamten selbst zu suchen ist". Rücksichtlich der Reallasten gilt jedoch die in Betreff der Abgaben aufgestellte Regel nicht, vielmehr ist hierfür maßgebend Th. II C. 10 § 4 N. 7: „Haftet der Guts-Innhaber für die unter seinem Vorfahrer etwan verfallene und rückständige Zehenden nicht, er seye dann Successor universalis."

[18]) Eichhorn, Einleitung § 166 N. II. Mittermaier, Grundsätze I § 174 N. 12. Beseler, System § 190 N. IIIb. Gerber, System § 171 Note 3. Hillebrand, Lehrbuch § 162, woselbst auch Note 2 die übrigen Vertheidiger dieser Ansicht, wie auch die Gegner derselben angegeben sind.

[19]) S. Beseler, System § 198 N. IVe.

[20]) Dem widerspricht auch nicht die Bestimmung der L. 27 § 3 De usufr., daß dem Usufructuar das zur Last falle, quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus, welche Worte nicht Kriegscontributionen bedeuten, sondern die Naturalleistungen bezeichnen, welche den Soldaten auf ihren Märschen von den Bewohnern der Gegenden, durch welche sie zogen, zu gewähren waren.

schwert werden, was sich daraus ergiebt, daß diese Lasten unter den Begriff des casus fallen. Das ist auch anerkannt im Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse (§ 56 N. 4), wo zu den Fideicommißschulden erster Classe diejenigen gerechnet werden, welche zur „Abführung der in Rücksicht des Fideicommisses erlegten feindlichen Contributionen" contrahirt worden, und damit also anerkannt wird, daß solche Lasten die Substanz trägt.

Ferner hat der Fideicommißbesitzer die zum Fideicommiß gehörigen Güter processualisch zu vertreten, und zwar als Kläger, wie als Beklagter[21]). Man kann dies als ein Recht, aber auch als eine Pflicht desselben auffassen. Als Recht ist es ein Ausfluß des ihm an den Fideicommißgütern zustehenden Eigenthums. Die Pflicht ergiebt sich aus der Verbindlichkeit, das Fideicommißvermögen ungeschmälert den Successoren zu hinterlassen und demgemäß allen Fleiß anzuwenden, dasselbe in dem überkommenen Zustand zu bewahren. Daraus folgt aber auch die Stellung der Successoren den vom Vorbesitzer über die Substanz des Fideicommisses geführten Processen gegenüber. Dieselben haben einen solchen Proceß, auch wenn durch diesen ihre Rechte geschmälert sind, anzuerkennen, denn für den Satz: res iudicata ius facit inter partes, wird der Singularsuccessor mit dem Auctor zusammen nur als eine Person betrachtet[22]). Dagegen steht den Fideicommißsuccessoren ein Interventionsrecht zu, ganz wie die Legatare ein solches bei einem Streit um das Testament haben[23]). Auch schadet das gegen den früheren Besitzer ergangene Urtheil den Successoren überhaupt nicht, wenn jener in Folge von dolus oder auch nur negligentia, z. B. Contumaz, unterlassene Appellation, den Proceß verloren hat[24]). Eine auf diese Weise herbeigeführte Verurtheilung des Aucto steht nämlich überhaupt nicht dem Successor entgegen[25]). Der Nachfolger

---

[21]) Molina l. c. I c. 27 n. 10. Knipschildt l. c. XII n. 52. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 12 N. 1.

[22]) L. 28 De exc. rei iud. (44, 2): Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui in iudicio expertus est. Vergl. L. 44 De re iud. (42, 1).

[23]) L. 29 pr. De inoff. test. (5, 2). L. 5. L. 14 pr. De appell. (49, 1).

[24]) Diese Grundsätze stellt bereits Molina (l. c. IV c. 8 n. 2—8) auf.

[25]) L. 14 § 1 De appell. (49, 1): Quoties herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. Et hoc divorum Fratrum epistola continetur ad Domitium in haec verba: Quod absente possessore, nec quoquam nomine eius respondente pronuntiatum est, non habet rei iudicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexit; quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum, et ideo adversus eum, qui vicit, permittimus eis agere. L. 44 De re iud. (42, 1): Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, et condemnata est; postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes per-

wird daher in solchem Falle, sobald er zur Succession gelangt, die dem Vorbesitzer abgestrittenen Güter vindiciren können, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht. Neben dieser Vindication steht unter dem Gesichtspunkt der Deteriorationen dem Successor auch eine Ersatzklage gegen den Vorbesitzer, durch dessen Schuld die Sache dem Fideicommiß entzogen, oder vielmehr dessen Erben zu. Freilich nicht nach freier Wahl des Successors. Denn wenn diesen auch die Erben des Vorbesitzers nicht auf die Vindication der Sachen selbst verweisen dürfen, so gehört es doch zu der dem Successor obliegenden Diligenz, für welche er selbst wieder seinen Nachfolgern verhaftet ist, daß er das Fideicommiß in seinem ursprünglichen Bestande herzustellen sucht. Da die dem Fideicommißbesitzer obliegende diligentia denselben verpflichtet, einen Streit über das Familienfideicommiß mit allen civilprocessualischen Mitteln auszutragen, so darf er einen solchen auch nicht durch einen Vergleich beendigen, wie ihm die Befugniß zu einem Compromiß gleichfalls nicht zukommt. Daß die Successoren zur Uebernahme oder Anerkennung irgend welcher durch den Vergleich resp. das Compromiß herbeigeführter, das Fideicommiß treffender, Opfer nicht verpflichtet sind, darauf werden wir später in der Lehre von der Veräußerung der Fideicommißgüter näher eingehen, und es mag hier nur bemerkt werden, daß der Besitzer in gleicher Weise, wie bei mangelhafter Proceßführung sich einer Deterioration schuldig macht, wofür seine Allodialerben zu haften haben.

Von Particularrechten enthält, abgesehen von der ganz allgemeinen Bestimmung des Bayerischen Landrechts[26]) und des großherzoglich Hessischen Gesetzes vom 13. September 1858[27]), daß der Besitzer das Fideicommiß processualisch zu vertreten habe, das Preußische Landrecht Vorschriften über den hier behandelten Gegenstand. Es legt dem Fideicommißbesitzer das Recht und die Pflicht bei, das Fideicommiß zu vertreten, aber nicht kraft eigenen Rechts, sondern in Vertretung der zum Fideicommiß berechtigten Familie. Darum hält das Landrecht denselben auch nur auf Grund einer vermutheten Vollmacht zur Proceßführung für legitimirt, und verpflichtet denselben, zwei Anwärter als Vertreter der Familie zuzuziehen[28]). Dagegen läßt dasselbe auch durch

---

venerunt. Quaeritur, an hi ex caussa iudicati tenecantur. Respondit dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit. L. 50 § 1 De legat. I (30). L. 17 § 1 De inoff. test. (5, 2).

[26]) Cod. Max. Bav. civ. III 5. 10 § 12 N. 6 (s. u. Note 31).

[27]) Großherzogl. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 17: — „Auch hat er (scil. der Besitzer) die Rechtsstreite, welche sich über dasselbe (scil. das Fideicommiß) ergeben, zu führen und zwar auf eigene Kosten".

[28]) § 117 A. L. R. II, 4: „Bei Prozessen, welche die Substanz des Fideicommisses betreffen, ist zwar der jedesmalige Besitzer die Rechte desselben, auf den Grund einer zu vermuthenden Vollmacht, wahrzunehmen befugt und schuldig";

einen in solcher Weise geführten Proceß oder einen denselben endenden Vergleich die sämmtlichen späteren Fideicommißsuccessoren unbedingt gebunden sein[29]).

Einen solchen die Substanz des Fideicommisses betreffenden Proceß hat der Besitzer, nach der Anschauung der älteren Juristen[30]), die sich auf L. 7 § 2 De usufr. und die hier hervorgehobene modica refectio, zu welcher der Usufructuar verpflichtet ist, berufen, auf eigene Kosten zu führen, wenn dieselben nur mäßig sind, wogegen für bedeutendere Gerichtskosten die Substanz des Fideicommißguts haftet. Dies läßt sich auch nach dem, was über die Verbindlichkeit des Fideicommißbesitzers, Verluste, die das Fideicommiß betroffen, zu ersetzen, rechtfertigen. Das Bayerische Landrecht läßt dagegen den Besitzer, wenn der Proceß sich wirklich auf die Substanz des Fideicommisses bezieht, niemals selbst die Kosten, auch wenn dieselben gering sind, tragen[31]) wie auch das Edict vom 26. Mai 1818[32]) in diesem Falle keinen Unterschied zwischen bedeutendem und geringerem Aufwande macht, sondern stets die Ausgaben, die zur Bezahlung nothwendiger Proceß-Kosten in Streitigkeiten, welche die Substanz des Fideicommisses betreffen, und zur Erzielung gerichtlicher Vergleiche gemacht worden, indem es dieselben zu den Fideicommißschulden erster Classe rechnet, von der Substanz tragen läßt. Dagegen erklärt umgekehrt das Preußische Landrecht[33]) den Fideicommißbesitzer zum Tragen der Proceßkosten für verpflichtet, mit Ausnahme der dadurch entstandenen Kosten, daß der Besitzer wider Willen zur Fortsetzung des Processes durch die Anwärter genöthigt worden, und das Resultat desselben doch ein für das Fideicommiß ungünstiges gewesen ist[34]). Endlich legt auch das großherzoglich Hessische

§ 118: „Er muß aber im Fortgange des Prozesses die nächsten Anwarter, nach obiger Bestimmung (§ 87 sqq.) zuziehen, oder Vollmacht von selbigen beibringen".

[29]) § 119 A. L. R. II, 4: „Was in einem solchergestalt geführten Prozesse entschieden, oder mit Beitritt der Anwarter durch Vergleich festgesetzt worden, daran ist die ganze Familie und jeder künftige Fideicommiß-Besitzer aus selbiger gebunden".

[30]) Molina l. c. I c. 27 n. 11. Knipschildt l. c. XII n. 53. Kreittmayr III C. 10 § 12 N. 1.

[31]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 12: — „Die das Fideicommiss betreffende Streit-Händel hat er (scil. der Fideicommißinhaber) 6to. der Gebühr und Nothdurft nach zu vertretten, und sofern solche nur sein eignes Commodum, z. E. die blosse Fructus Fideicommissi betreffen, die Streits-Kösten ex Propriis, sonst aber wo es um die Substantiam Fideicommissi zu thun ist, auch aus selber zu bestreitten".

[32]) Edict § 56 N. 3.

[33]) § 120 A. L. R. II, 4: „Alle Prozeß- und andere Gerichtskosten ist der Fideicommißbesitzer aus den Einkünften zu tragen verpflichtet".

[34]) § 121 A. L. R. II, 4: „Ist aber der Besitzer wider seinen Willen auf Verlangen der Anwarter, einen Prozeß fortzusetzen genöthigt worden, und geht

Gesetz, die Familien-Fideicommisse betreffend, die Proceßkosten dem Besitzer allein zur Last [35]).

Bei einigen Schriftstellern findet sich noch die Ansicht, daß der Fideicommißbesitzer verpflichtet sei, nicht zur Succession gelangende Familienglieder zu alimentiren und die weiblichen zu dotiren. Molina [36]) legt dem Besitzer diese Verbindlichkeit nur seinen eigenen Geschwistern gegenüber auf, vorausgesetzt, daß diese vom Stifter abstammten; Dalwigk [37]) den jüngeren Söhnen und den Töchtern gegenüber, wogegen Westphal [38]) eine solche Pflicht überhaupt gegen die „Fräuleins des Hauses" für begründet hält. Letzterer spricht auch der Wittwe des Vorbesitzers einen Anspruch auf Witthum und Dotalicium zu. Zur Begründung dieser Verbindlichkeit des Besitzers beruft sich Molina auf die den Geschwistern allgemein obliegende Alimentations- und Dotationspflicht, weshalb letztere auch nur der soror consanguinea, nicht uterina, gegenüber anerkannt wird. Da aber eine solche Pflicht nach gemeinem Recht der richtigen Ansicht gemäß nicht existirt [39]), so kann dieselbe auch dem Fideicommißbesitzer nicht obliegen. Dalwigk und Westphal dagegen führen Gründe für ihre Ansicht überhaupt nicht an. Was nun zuerst die von Dalwigk behauptete Pflicht des Besitzers betrifft, seine nicht zur Succession in das Fideicommiß gelangenden Söhne zu alimentiren und seine Töchter zu dotiren, so besteht eine solche Pflicht unzweifelhaft, ohne daß wir jedoch dieselbe für eine besondere dem Fideicommißbesitzer, als solchem, obliegende und aus dem Fideicommiß hervorgehende ansehen könnten. Aber an eine solche denkt auch Dalwigk gar nicht, vielmehr deutet die von ihm selbst für jene Pflicht den Söhnen gegenüber gemachte Voraussetzung, „wenn ihnen aus anderm Vermögen kein Pflichttheil hinterlassen werden kann", und die nähere Bezeichnung der Alimente als „eine verhältnißmäßige Alimentation (Apanage)" darauf hin, daß er eine Disposition des Besitzers meint, wodurch seine von der Succession ausgeschlossenen Söhne eine dauernde Versorgung aus dem Fideicommißvermögen erhielten, zu deren Verabreichung der Successor durch die Anordnung seines Vaters verpflichtet würde; und ebenso ist die den Töchtern nach ihm zu gewährende Dotation — da sich die Verbindlichkeit dazu anderenfalls von selbst verstünde — als eine aus der Substanz des Fidei-

---

derselbe demnächst verloren: so fallen diejenigen Kosten, welche seit dem Zeitpunkte, wo der Besitzer sich vergleichen oder dem Prozesse entsagen wollen, aufgelaufen sind, den Anwartern, auf deren Anbringen die Sache hat fortgesetzt werden müssen, allein zur Last".

[35]) Großherzogl. Hessisches Gesetz Art. 17 vom 13. September 1858 (s. o. Note 27).

[36]) L. c. II c. 14 n. 56.

[37]) Erbrecht III S. 71.

[38]) Teutsches Privatrecht Th. II Abh. 57 § 15.

[39]) Vgl. Puchta, Pandekten § 316 f.

commisses erfolgende anzusehen, wie dies Westphal mit Rücksicht auf die weiblichen Verwandten überhaupt geradezu ausgesprochen hat. Eine solche Disposition über das Fideicommißvermögen zu treffen, ist aber der Besitzer nicht befugt, denn hierin würde eine Veräußerung von Fideicommißgütern liegen, und solche darf er, wie noch unten weiter erörtert werden wird, auch zu dem gedachten Zwecke nicht vornehmen. Rücksichtlich der Westphal'schen Ansicht kommt noch hinzu, daß es für die Verbindlichkeit des Fideicommißbesitzers, seine entfernteren weiblichen Verwandten zu dotiren, an jedem Rechtsgrunde fehlen würde, ein solcher namentlich auch nicht in dem Wesen des Familienfideicommisses gefunden werden kann, da dieses zur Erhaltung der Familie, d. h. der Agnation, aber nicht zur Unterstützung der einzelnen Familienglieder, namentlich von Frauen bestimmt ist. Ebenso irrig ist aber auch die Meinung von Westphal, daß der Wittwe des verstorbenen Besitzers aus den Fideicommißgütern Witthum und Dotalicium gebühre, denn beides kann die Wittwe nur aus dem hinterlassenen Vermögen ihres Mannes fordern. Hierzu gehört aber das Familienfideicommiß nicht, da an diesem das Eigenthum desselben bei seinem Tode sofort endet. Eine Verpflichtung des Fideicommißsuccessors, der Wittwe seines Vorgängers irgend welche Wittwenversorgung zu gewähren, würde ein Recht des Besitzers voraussetzen, eine solche am Fideicommißvermögen zu bestellen. Ein solches Recht existirt aber nicht, denn hierin würde gleichfalls eine Veräußerung liegen. Die in dem bei Westphal[40]) abgedruckten Gutachten angeführte[41]) Auth. Res quae C. Comm. de legat. (6, 43) beweist nichts, da aus dieser lediglich geschlossen werden kann, daß unter Umständen den Kindern des Stifters (aber nur diesen allein) gegenüber das Veräußerungsverbot unwirksam ist. Auch die Berufung auf das Lehnrecht[42]) ist verkehrt, da ein Recht der Wittwe des Vasallen auf eine Wittwenversorgung aus dem Lehn nur particularrechtlich oder in Folge besonderer Bestimmungen des Lehnsvertrags existirt[43]).

Particularrechtlich ist zuweilen eine derartige Verpflichtung des Fideicommißbesitzers zur Alimentation und Dotation von Familiengliedern, sowie zur Versorgung der Wittwe des Vorbesitzers anerkannt. So besteht nach dem Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse eine gesetzliche Alimentationspflicht des Inhabers seinen Geschwistern und der Wittwe des Vorbesitzers gegenüber, wenn dieselben kein eigenes Vermögen haben, wie auch eine Dotationspflicht seinen Töchtern und Schwestern gegenüber[44]). Eine gleiche Be-

---

[40]) A. a. O. S. 242—260. [41]) S. 257. [42]) S. 257 f.

[43]) Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts § 153 f. Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts Th. IV S. 633—646.

[44]) Edict § 46: „Wenn der Constituent keine besondere Verfügung zum Vortheil der Familien-Glieder (§ 12) gemacht hat, so ist der Fideicommiß-Besitzer verbunden, seinen Geschwistern und der Wittwe seines Vorfahrers, im Mangel eines andern Vermögens oder Einkommens, die nöthige und nach den Umständen

stimmung enthält das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858, welches außerdem den Besitzer noch verpflichtet, seinen nicht zur Succession gelangenden Söhnen bei der Begründung eines eigenen Haushalts eine Beihülfe statt der bis dahin gereichten Alimente zu gewähren[45]). Beide Gesetze lassen die Höhe der zu gewährenden Alimente, wie der Aussteuer und Beihülfe nach den Umständen bemessen. Nach den beiden Braunschweigischen Gesetzen über die Errichtung von Familien-Stammgütern vom 28. März 1837 und vom 20. Mai 1858 ist der Fideicommißbesitzer nicht zur Darreichung von Alimenten verpflichtet, doch steht den Geschwistern des allein zur Succession gelangenden Erstgeborenen, wie der Wittwe des Vorbesitzers[46]) der Anspruch auf eine Abfindung aus dem Fideicommißvermögen zu, bestehend in einer bestimmten, durch das Gesetz nach der Zahl der Abfindungsberechtigten verschieden normirten Quote der jährlichen Einkünfte[47]). Die nach den beiden zuerst genannten Gesetzen vom Besitzer zu zahlenden Alimente hat derselbe den Einkünften des Fideicommisses zu entnehmen, wobei das Hessische Gesetz bestimmt hat, daß dieselben niemals den dritten Theil des Reinertrags der Güter übersteigen dürften[48]). Zum Behuf einer Ausstattung geben jedoch

---

zu bestimmende Alimentation, auch seinen Töchtern und Schwestern, unter eben diesen Voraussetzungen, bey ihrer Verehelichung eine anständige Aussteuer zu geben".

[45]) Großherzoglich Hessisches Gesetz Art. 24: „Der Fideicommiß-Besitzer ist in Ermangelung einer besonderen durch die Errichtungsurkunde oder Vertrag getroffenen Vorsehung verbunden, den Wittwen, Söhnen und Töchtern früherer Besitzer, insofern dieselben nicht ein anderweitig hinreichendes Vermögen oder Einkommen haben, die nöthige Alimentation zu gewähren. Der Betrag derselben wird mit Rücksicht auf die Zahl, die Bedürfnisse und die übrigen Verhältnisse der daran theilnehmenden Personen festgesetzt. Unter derselben Voraussetzung ist der Fideicommißbesitzer verpflichtet, seinen Geschwistern, sowie seinen nicht zur Nachfolge in das Fideicommiß berufenen Söhnen und Töchtern bei deren Verehelichung oder Ansässigmachung eine den Gutserträgnissen und sonstigen Umständen entsprechende Ausstattung oder Abfindung an Stelle der Alimentation zu entrichten. Das Recht der Wittwe auf Alimentation erlischt mit einer weiteren Ehe derselben".

[46]) Durch das Gesetz vom 20. Mai 1858 wird dieser Anspruch nur der „etwa zur Erbschaft mit berufenen Wittwe des Erblassers" gewährt. Diese Bestimmung ist mir nicht klar. Soll das heißen, daß der Stifter den Wittwen der Besitzer jenen Anspruch ausdrücklich gegeben haben muß, oder daß der verstorbene Besitzer seiner Wittwe letztwillig eine Abfindung vermacht, oder endlich daß dieser sie überhaupt zur Erbin eingesetzt hat?

[47]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23; vom 20. Mai 1858 § 6.

[48]) Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 24: — „Er (scil. der Betrag der zu leistenden Alimente) darf in seiner Gesammtsumme den dritten Theil des nach dem zehnjährigen Durchschnitt zu bemessenden reinen Gutsertrags nicht übersteigen".

beide Gesetze dem Inhaber die Befugniß, eine Fideicommißschuld zu contrahiren[49]).

Außer dem behandelten Fall ist eine solche Verpflichtung des Besitzers überall da anzuerkennen, wo der Stifter eine dahin zielende Disposition getroffen hat. Das wird auch ausdrücklich anerkannt im Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse[50]) und im Preußischen Landrecht[51]), wie dasselbe im Hessischen Gesetz vom 13. September 1858[52]) vorausgesetzt wird. Durch derartige Anordnungen wird derselbe Zweck, wie durch eine Familienstiftung erreicht. Doch sind dieselben, wenn sie nicht ganz genau verclausulirt und rücksichtlich der dadurch begünstigten Personen beschränkt sind, gefährlich für die Existenz des Fideicommisses, indem es leicht vorkommen kann, daß die vom Besitzer an bestimmte Personen zu zahlenden Renten den ganzen Ertrag des Fideicommisses erschöpfen, und die zu gewährenden Ausstattungen die Kräfte des Fideicommisses übersteigen. Particularrechte haben in dieser Hinsicht wohl durch die Bestimmung zu helfen gesucht, daß die Einkünfte des vom Gesetz für die Errichtung des Fideicommisses vorgeschriebenen Minimums durch derartige Prästationen nicht beschwert werden dürften[53]).

Der Stifter ist indeß keineswegs auf Anordnungen des bisher behandelten Act beschränkt, vielmehr kann derselbe dem Besitzer auch andere Lasten besonders auflegen. Eine derartige Disposition ist als modus zu betrachten, und, soweit sie nicht auf etwas Unmögliches, Unsittliches und Gesetzwidriges gerichtet ist, von jedem Besitzer, der sich zu ihrer Beobachtung durch Annahme des Fideicommisses verbindlich macht, zu erfüllen. Dies gilt namentlich von der Bestimmung des Stifters, daß ein Theil der Einkünfte des Fideicommisses

---

[49]) Bayerisches Edict § 60; hier wird die Dotation der Töchter und, wie nach Analogie hiervon zu schließen, der Schwestern zu den Ausgaben gerechnet, „die zur Aufnahme einer Fideicommißschuld zweiter Classe“ sich eignen. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 20.

[50]) Edict § 12: „Mit einem Fideicommisse können besondere Dispositionen zum Vortheil einzelner Mitglieder des Geschlechts, z. B. für den Geschlechts-Aeltesten, für die nachgebohrnen Söhne, für Ausstattung der Töchter, für den Unterhalt der Wittwen und dergleichen verbunden werden. Diese Anordnungen sind als Lasten des Fideicommisses zu betrachten, für welche nach § 5 ein besonderer Fond ausgeworfen werden muß“.

[51]) § 53 A. L. R. II, 4 (s. o. S. 84 Note 160).

[52]) Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 24.

[53]) § 53 Pr. A. L. R. II, 4. Bayerisches Edict § 12. Großherzoglich Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 25: „Durch Familien-Vertrag oder die Stiftungs-Urkunde kann zu Gunsten bestimmter Familien-Mitglieder nur insoweit ein größerer Bezug (scil. als das im Art. 24 angegebene Maximum) festgesetzt werden, als der Werth des Fideicommisses die im Art. 2 bezeichnete Summe verhältnißmäßig übersteigt“.

nicht der freien Disposition des Stifters überlassen bleibt, sondern verwendet werden soll zur Aufsammlung eines Capitals behufs Abtragung der auf dem Fideicommiß ruhenden Schulden, für etwaige Unglücksfälle, zur Erweiterung und Verbesserung des Fideicommisses zur Errichtung eines neuen Fideicommisses für einen anderen Zweig der Familie oder einer Familienstiftung, zur Beschaffung eines Unterstützungsfonds für die nicht zur Succession gelangenden Familienglieder. Eine derartige Befugniß des Stifters hat auch das Preußische Landrecht anerkannt[54]).

§ 16.

Veräußerung der Fideicommißgüter.

Das wesentlichste Merkmal eines Familienfideicommisses ist die Unveräußerlichkeit der darin begriffenen Sachen, sowohl Immobilien, als Mobilien, soweit letztere nicht entweder nur in genere Gegenstand des Fideicommisses oder schon ihrer Natur nach dem Untergang und somit dem Wandel unterworfen sind. Damit dieselbe angenommen werde, ist es keineswegs erforderlich, daß sie vom Stifter noch besonders angeordnet ist[1]), vielmehr ergiebt sie sich aus dem Wesen des Fideicommisses von selbst, da eben ohne solche kein Familienfideicommiß besteht[2]), und es sind demgemäß einem stillschweigenden, aus der Natur des Instituts sich ergebenden Veräußerungsverbot dieselben Wirkungen, wie einem ausdrücklichen beizulegen[3]).

Diese Unveräußerlichkeit haben auch die Particularrechte, wenn schon dieselben zum Theil bedeutende Ausnahmen davon zulassen, doch immer als Regel aufgestellt, so das Bayerische Landrecht[4]) und das Edict über die Fa-

---

[54]) § 53 A. L. R. II, 4.

[1]) Es kann aber auch dieses geschehen: **Knipschildt**, de fideicommissis familiarum XI n. 5.

[2]) **Molina**, de Hispan. primog. I. c. 20 n. 14. IV c. 1 n. 2. **Betsius**, de statutis VIII § 64. **Knipschildt** l. c. XI n. 6. **Kreittmayr**, Anmerkungen III C. 10 § 23 N. 1.

[3]) Die älteren Juristen sind zwar der Ansicht, daß einem ausdrücklichen Verbot eine größere Kraft innewohne, wie dem im Wesen des Instituts liegenden, indem durch jenes selbst solchen Veräußerungen, die sonst für gültig geachtet, jede Wirksamkeit entzogen werde, bei einem solchen auch die Anfechtungsklage sofort, nicht erst nach dem Tode des Veräußerers angestellt werden könne. Daß diese Ansicht irrig, wird sich später bei Erörterung der genannten Punkte zeigen.

[4]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 23 N. 1: „Ist alle Fideicommiss-Veräusserung, ausser deren im nächstfolgenden §vo specificirter Fällen, sowol per Actum inter Vivos als Mortis causa dem Fideicommissario verbotten".

milienfideicommisse[5]), das Preußische Landrecht[6]), das Badische Landrecht[7]), das Oesterreichische Gesetzbuch[8]), das Sachsen-Weimarische Gesetz vom 22. April 1833[9]), das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837[10]) und vom 20. Mai 1858[11]), das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858[12]), und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch[13]).

Verboten sind nun alle Arten von Veräußerungen, mögen sie vorgenommen werden in Geschäften unter Lebenden oder letztwilligen Verfügungen, durch

---

[5]) Edict § 48: „Der Fideicommißbesitzer kann eigenmächtig das Fideicommiß mit einer neuen bleibenden Bürde oder Dienstbarkeit nicht belegen, eben so wenig die zum Fideicommisse gehörigen Güter durch Tausch, Verkauf, Vergleich, oder auf andere Weise veräußern".

[6]) Dies ist herauszulesen aus § 78 A. L. R. II, 4: „Wenn also mit der Substanz der zum Fideicommisse gewidmeten Güter durch Tausch oder sonst Veränderungen vorgenommen werden sollen: so muß dieses durch einen Familienschluß geschehen". § 79: „Ist dergleichen Schluß nicht zu Stande gekommen: so kann jedes Familienmitglied, welches nicht eingewilligt hat, sobald es zur Succession gelangt, die Handlung anfechten und auf Versetzung der Sache in den vorigen Stand antragen".

[7]) Art. 577 cf.: „Das Stammgut im Ganzen, auch jedes Hauptstück, das nämlich ein selbständiges Ganzes, nicht blos eine Zugehörde ausmacht, kann nicht ohne Staats-Gutheißen veräußert werden".

[8]) Dies zeigt A. B. G. B. § 633: „Unter der gleich nachfolgenden Beschränkung (scil. Genehmigung des Gerichts) kann der Fideicommiß-Inhaber das unbewegliche Fideicommiß-Gut in ein Capital verwandeln; er kann Grundstücke gegen Grundstücke vertauschen; oder gegen angemessene Zinsen vertheilen; oder auch in Erbpacht überlassen".

[9]) § 1 (s. o. S. 136 Note 211) u. § 6 (s. o. S. 48 Note 2).

[10]) § 22: „Das Familien-Stammgut ist unveräußerlich, kann daher weder getheilt noch mit Schulden belastet werden."

[11]) § 3 (wörtlich gleichlautend mit dem § 22 des Gesetzes vom 28. März 1837).

[12]) Art. 19: „Verpfändung oder Veräußerung oder Vertauschung der Substanz des ganzen Fideicommiß-Vermögens Hingabe an Zahlungsstatt oder im Vergleichswege, Beschwerung desselben mit ständigen oder über die Dauer seines Besitzes hinaus wirksamen Lasten sind dem Fideicommiß-Besitzer nur mit Zustimmung sämmtlicher schon geborner oder erzeugter Anwärter gestattet".

[13]) B. G. B. § 2534: „Wenn der Inhaber einen Gegenstand der Anwartschaft an einen Dritten oder an ein Familienglied, welches nicht der nächste Anwärter ist, veräußert, so sind die übrigen zur Anwartschaft berechtigten Familienglieder, falls sie nicht Erben des Veräußerers geworden sind, von der Zeit an, wo sie in die Anwartschaft eintreten, zur Rückforderung des Gegenstandes von jedem Besitzer berechtigt, vorausgesetzt, daß, wenn ein im Grund- und Hypothekenbuche eingetragener Gegenstand in Frage steht, die Familienanwartschaft im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist".

oneroſe, wie lucrative Geſchäfte[14]). Und zwar bezieht ſich das Veräußerungsverbot nicht nur auf den Hauptgegenſtand des Fideicommiſſes im Ganzen, ſondern auch auf einzelne Theile und die Pertinenzen deſſelben. Es fallen ferner unter das Verbot nicht nur ſolche Geſchäfte, bei denen es ſich um vollſtändige Veräußerung des Eigenthums handelt, wie Schenkung, Kauf, Tauſch[15]), ſondern auch ſolche, bei denen entweder das Eigenthum auf Zeit, oder nur das Untereigenthum übertragen wird, oder endlich das Eigenthum gar nicht übergeht, ſondern nur durch dingliche Rechte beſchwert wird, nämlich die Beſtellung einer Dos, Belehnung, Conſtituirung eines Erbpacht-Verhältniſſes, eines Nießbrauchs, ſowie anderer Servituten und die Verpfändung[16]). Die Veräußerungen der letzteren Art müſſen jedoch etwas genauer betrachtet werden, da das Verbot nicht bei allen dieſelbe Wirkung hat.

Zur Dos kann ein Fideicommißgut entweder von der Frau ſelbſt beſtellt werden, wovon zwar nur bei einem Fideicommiß, welches auch auf Weiber übergeht, die Rede ſein könnte, oder von dem Beſitzer des Fideicommiſſes für ſeine Tochter oder eine andere Perſon. Die älteren Juriſten verneinen im Allgemeinen die Möglichkeit der Dosbeſtellung[17]). Indeß wenn auch die Beſtellung eines Guts zur Dos eine Veräußerung deſſelben iſt, ſo iſt es doch eine zeitlich beſchränkte, und iſt nun die Frau ſelbſt die Fideicommißbeſitzerin, ſo ſteht ganz wie bei Lehngütern[18]) der Gültigkeit der Dosbeſtellung nichts im Wege, da die Zeit, für welche dieſelbe überhaupt beſteht, eben die Lebenszeit der Frau iſt, während welcher, wie wir ſpäter ſehen werden, doch kein Succeſſionsberechtigter wegen mangelnden Intereſſes die Revocationsklage erheben könnte. Natürlich fällt hier die Möglichkeit für die Frau fort, dem Manne die Dos für den Fall der Auflöſung der Ehe zu paciſciren, dieſelbe kommt eben, ſowie die Frau geſtorben, an den nächſten Succeſſionsberechtigten[19]). Da aber durch die Dosbeſtellung die Rechte der Agnaten in

---

[14]) Molina l. c. IV c. 6 n. 26. Knipschildt l. c. XI n. 2. n. 30—33. n. 38. n. 64—68. n. 154 sqq. Beck, de licita maioratuum alienatione p. 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2. Salza, in Weiske's Rechtslexicon IV S. 242. So auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 23 N. 1 (ſ. o. Note 4).

[15]) Molina l. c. IV c. 6 n. 26. Knipschildt l. c. XI n. 38. n. 43—46. n. 64—68. n. 207. Beck l. c. p. 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2. Dalwigk, Erbrecht III S. 75.

[16]) Das beſtimmt auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 23 N. 5: „Seyend unter der Alienation nicht nur Kauf, Tauſch, Erb-Recht, Belehnung ꝛc., ſondern auch die Special-Verpfändung nach erfolgter Extradition, nicht aber die bloſſe Verpacht- oder Ueberlaſſung der Fructuum verſtanden“.

[17]) Knipschildt l. c. XI 78 n. sq. Beck l. c. p. 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

[18]) II F. 13. II F. 17.

[19]) So auch Knipſchildt (l. c. XI n. 79), der eine Ausnahme von der

keiner Weise geschmälert werden dürfen, so gestaltet sich die Sache anders, wenn die Dos nicht von der Frau selbst, sondern von einem Dritten, auch ihrem Vater, für sie bestellt worden ist. Hier ist die Bestellung deshalb nicht unbedingt gültig, weil mit dem Tode des Bestellers, dessen Leben keineswegs von so langer Dauer, als die Ehe zu sein braucht, das Recht des Fideicommißsuccessors existent wird, welcher ohne Rücksicht auf die bestehende Dos das Gut sofort vindiciren darf. Hieraus ergiebt sich weiter, daß bei bestehender ehelicher Gütergemeinschaft ein entweder dem Manne oder der Frau gehörendes Fideicommißgut insofern von der Gemeinschaft ausgeschlossen ist, als es nach dem Tode des Ehegatten, welchem es gehört, den Fideicommißsuccessoren ungeschmälert herauszugeben ist.

Zu Lehn können Fideicommißgüter nicht gegeben werden, denn hier handelt es sich um Constituirung eines dauernden Rechts, des Untereigenthums, für einen Dritten. Dies braucht natürlich der Fideicommißsuccessor nicht anzuerkennen, da ihm ja eben sonst das bloße Obereigenthum bliebe, während ihm das Gut einen realen Nutzen gar nicht gewährte[20]). Und dasselbe gilt von der Bestellung einer Erbpacht[21]), wie überhaupt alle Geschäfte, welche die Uebertragung des Untereigenthums auf einen Anderen zum Gegenstand haben, als unerlaubte Veräußerungen anzusehen sind[22]). Von Particularrechten ließ freilich das Preußische Edict vom 9. October 1807 die Vererbpachtung einzelner Theile der Fideicommißgüter mit Vorwissen der Landes-Polizeibehörde zu unter der Bedingung, daß das Erbstands- oder Einkaufsgeld zum Nutzen des Fideicommisses verwendet würde[23]). Diese Bestimmung wurde jedoch mit Rücksicht darauf, daß der Erbpachts-Canon später für ablösbar erklärt wurde,

---

aufgestellten Regel der Unmöglichkeit der Dosbestellung für den Fall statuirt, daß die dos ad patrem vel heredem reversura erit.

[20]) **Knipschildt** l. c. XI n. 134 sq. **Beck** l. c. p. 9. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

[21]) **Knipschildt** l. c. XI n. 83.

[22]) Die älteren Juristen erklären die Bestellung einer Emphyteuse ebenfalls für ungültig: **Molina** l. c. I c. 20 n. 31 u. n. 34. **Knipschildt** l. c. XI n. 136 sq. **Beck** l. c. p. 9. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

[23]) Edict § 5: „Jeder Grund-Eigenthümer, auch der Lehns- und Fideicommiß-Besitzer, ist ohne alle Einschränkung, jedoch mit Vorwissen der Landes-Polizei-Behörde befugt, nicht blos einzelne Bauerhöfe, Krüge, Mühlen und andere Pertinenzien, sondern auch das Vorwerks-Land, ganz oder zum Theil, und in beliebigen Theilen zu vererbpachten, ohne daß dem Lehns-Obereigenthümer, den Fideikommiß- und Lehnsfolgern und den ingrossirten Gläubigern aus irgend einem Grunde ein Widerspruch gestattet wird, wenn nur das Erbstands- oder Einkaufsgeld zur Tilgung des zuerst ingrossirten Kapitals, oder, bei Lehnen und Fideikommissen, in etwaniger Ermangelung ingrossirter Schulden, zu Lehn- und Fideikommiß verwendet, und, in Rücksicht auf die nicht abgelösten Real-Rechte der Hypotheken Gläubiger, von der Landschaftlichen Kredit-Direktion der Provinz, oder

und es hiernach eintreten konnte, daß gegen den Willen der Anwärter ein Grundfideicommiß in ein Geldfideicommiß verwandelt würde, durch die Cabinets-Ordre vom 28. Juli 1842 suspendirt.

Auch die Bestellung eines Usufruct ist für die Fideicommißanwärter unwirksam, bei dem Tode des Constituenten kann der Successor sein Recht sofort gegen den Usufructuar geltend machen[24]). Dasselbe gilt von allen anderen Servituten; sie erlöschen gleichfalls mit dem Tode des Fideicommißbesitzers, welcher sie bestellt hat. Demgemäß existirt gar keine Servitut als dingliche Belastung des Fideicommißgrundstücks, sondern nur ein obligatorischer Anspruch auf Gewährung der Ausübung der in der Servitut liegenden Rechte gegen den Besteller[25]). Daß dies aus dem Veräußerungsverbot folge, ist ein civilrechtlicher Grundsatz, indem L. ult. C. De reb. alien. non alien. (4, 51) anordnet: Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiri; similique modo et servitutes minime imponi nec emphytenseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri promiserit. Umgekehrt gilt auch die Remission von den Fideicommißgütern zustehenden Servituten und Realrechten als unerlaubte Veräußerung[26]), da solche als Pertinenzen des Grundstücks angesehen werden können.

Auch die Verpfändung gilt, wie L. ult. C. cit. zeigt, als Veräußerung, und somit können Fideicommißgüter nicht Gegenstand einer solchen sein. Dies wird gleichfalls von den Juristen allgemein anerkannt[27]). Hat daher der

---

von der Landes-Polizei-Behörde attestirt wird, daß die Erbverpachtung ihnen unschädlich sei".

[24]) Molina l. c. I c. 20 n. 10—12. Knipschildt l. c. XI n. 117—126. Beck l. c. p. 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

[25]) Molina l. c. X n. 10—15. Knipschildt l. c. X n. 123—130. Kreittmayr a. a. O. N. 5. Pözl, Bayerisches Staats-Verfassungs-Recht S. 91. Molina ist sogar der Ansicht, daß wenn die Veräußerung der Majoratsgüter noch ausdrücklich verboten, die Bestellung des Usufructs, wie andere Servituten noch bei Lebzeiten des Besitzers, welcher dieselben bestellt, vom nächstberechtigten Successor widerrufen werden könnten (l. c. n. 4 u. 8); doch soll durch solche Revocation der Fideicommißinhaber den Besitz nicht verlieren (n. 16). Dabei will er aber durch ein solches ausdrückliches Veräußerungsverbot noch nicht für den Inhaber die Möglichkeit ausschließen lassen, einem Dritten die Früchte und Vortheile der Majoratssache zu überlassen (n. 10—12), und stimmt also doch dem Resultat nach mit dem im Text Vorgetragenen überein.

[26]) So auch Hellfeld, de fideicommissis familiarum p. 56.

[27]) Molina l. c. IV c. 1 n. 4—11. Petra, de fideicommissis qu. 8 n.

Besitzer das Gut verpfändet, so erhält der Pfandgläubiger das wesentlichste Recht bei jeder Verpfändung, nämlich die Sache zum Verkauf zu bringen, nicht. Wollte er die Veräußerung vornehmen lassen, so werde er sich dem Regreß des Erwerbers der Sache aussetzen, wenn der Fideicommißsuccessor sie von diesem vindicirt [28]). Einziges Pfandobject für den Gläubiger sind die Früchte, soweit sie der Verpfänder separirt hat. Da nämlich die Früchte nach der m. E. richtigen Ansicht mit der Hauptsache stillschweigend als mit verpfändet gelten [29]), der Besitzer aber über dieselben frei verfügen darf, so steht auch der Geltendmachung des Pfandrechts an ihnen nichts im Wege. Denn dadurch, daß die Verpfändung der Hauptsache wegen mangelnder Dispositionsbefugniß des Verpfänders ungültig ist, wird nicht zugleich die darin enthaltene Verpfändung der Früchte ungültig. Convalescirt ja doch auch die Verpfändung einer fremden Sache, wenn der Verpfänder nachträglich das Eigenthum an dieser erhält. Unbedingt gültig ist somit die Verpfändung der Früchte des Fideicommisses durch den Inhaber für dessen Besitzzeit [30]). Da aber die Substanz des Fideicommisses nicht verpfändet werden kann, so gelten auch bei einer vom Fideicommißbesitzer an seinem ganzen Vermögen bestellten Generalhypothek die Fideicommißgüter als ausgenommen [31]). Eben so wenig ist der Fideicommißbesitzer berechtigt, eine Rente an den Fideicommißgrundstücken zu bestellen, weil dadurch dem Rentenkäufer ein dingliches Recht an denselben eingeräumt wird [32]). Kein Nachfolger ist also verpflichtet, dieselbe anzuerkennen [33]).

105 sqq. Betsius, de statutis VIII § 64. Knipschildt l. c. XI n. 52—58. Beck l. c. p. 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2. Hellfeld l. c.

[28]) Beck l. c. p. 18 sq. Damit stimmt denn auch überein L. 69 § 1 De legat. II: Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

[29]) S. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. I (Leipz. 1860) S. 441.

[30]) Diese Grundsätze sind auch anerkannt worden im Oesterr. A. B. G. B. § 632: — „Verpfändet er (scil. der Fideicommißbesitzer) die Früchte des Fideicommisses oder selbst das Fideicommiß-Gut; so gilt die Verpfändung nur für denjenigen Theil der Früchte, welchen er einzusammeln berechtigt ist, nicht aber für das Fideicommiß-Gut oder den Theil der Früchte, welcher dem Nachfolger gebühret“.

[31]) So bemerken auch Knipschildt (l. c. XI n. 55) und Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 23 N. 5) und das Bayerische Landrecht schreibt es ausdrücklich vor im Th. II C. 6 § 5: — „Eine General-Verschreibung — gehet auf sammentliches Haab und Gut, — doch seynd hievon — ausgenommen — Fideicommiss- — Güter, ausgenommen, soviel die Fructus von dergleichen Gütern — betrift“ —.

[32]) Beseler, System § 95 N. 2.

[33]) Knipschildt l. c. XI n. 127—130. Beck l. c. p. 9.

Eine Veräußerung liegt auch in einem Vergleich, dessen Wesen eben darin besteht, daß beide denselben schließenden Theile etwas von ihren gegenseitigen Ansprüchen nachlassen. Wie daher durch das in Betreff der Mündelgüter geltende Veräußerungsverbot auch ein Vergleich über dieselben ausgeschlossen wird[34]), so darf sich auch der Fideicommißbesitzer auf einen solchen nicht einlassen, bei welchem Theile des Fideicommisses aufgeopfert werden müssen[35]). Derselbe ist vielmehr verpflichtet, jeden gegen das Fideicommiß erhobenen Anspruch mit allen ihm zu Gebote stehenden processualischen Mitteln zurückzuweisen. Doch lassen sich allerdings Fälle denken, wo ein Vergleich selbst mit Aufopferung einzelner Fideicommißsachen zulässig erscheint. Nämlich dann, wenn über die zum Fideicommiß gehörenden Güter ein Proceß schwebt und ein für jenes mißlicher Ausgang desselben zu befürchten ist[36]). Ob solcher Fall aber wirklich vorgelegen, darüber entscheidet lediglich das arbitrium iudicis. Dieser Fall ist aber auch heutzutage der einzige. Die älteren Juristen zählen dahin noch andere, so wenn zur Vermeidung weit aussehender Streitigkeiten oder gar zu befürchtender Unruhen ein Vergleich auf Befehl des Landesherrn[37]), oder auf richterlichen Befehl[38]) stattfinde. Verkehrt ist es, wenn Betsius[39]) einen Vergleich de rebus dubiis lite incerta, also überhaupt bei Unsicherheit des Ausgangs eines Processes, unbedingt für erlaubt hält. Er stützt sich dabei auf die gar nicht zutreffende L. 11 C. De transact. (2, 4). Mit anscheinend größerem Recht könnte man sich vielleicht auf die Analogie des Lehnrechts berufen. Allein die Bestimmung von II F. 26 § 23: — transigere recte poterit (scil. vasallus), nec quod acceperit transactionis nomine feudum erit, ist eine ganz positive auch durch die Natur des Lehns nicht bedingte Vorschrift, und kann daher um so weniger für andere Verhältnisse zur Anwendung gebracht werden. Erfolgt ein Vergleich unter Prätendenten selbst[40]), so ist zu unterscheiden, ob derselbe unter gleich nahen geschlossen, oder so, daß entfernteren Prätendenten das ganze Fideicommiß oder ein Theil desselben überlassen ist. Im ersteren Fall haben die Prätendenten freie Hand, indem dadurch nicht die Rechte Anderer verletzt werden; im zweiten dagegen gilt das-

[34]) L. 4 C. De praed. et al. reb. min. (5, 71).

[35]) Molina l. c. IV c. 9 n. 11. Peregrinus, de fideicommissis art. 40 n. 123. Fusarius, de fideicommissaria substitutione qu. 562 n. 1 sq. Knipschildt l. c. XI n. 90—99. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 3. Beck l. c. p. 9.

[36]) Stryck, de cautel. testam. c. 21 m. 2 § 3. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 3.

[37]) Knipschildt l. c. XI n. 100. Stryck l. c. § 3. Beck l. c. p. 36. Kreittmayr a. a. O.

[38]) Knipschildt l. c. n. 101 sq.

[39]) Knipschildt l. c. n. n. 35. Beck l. c. p. 35.

[40]) L. c. VIII § 62.

selbe, was von der Veräußerung an entferntere Agnaten gilt[41]), die näher berechtigten brauchen, so weit sie nicht eingewilligt, den Vergleich nicht anzuerkennen. Von selbst versteht es sich, daß es dem Fideicommißbesitzer unbenommen ist, stets einen Vergleich im Interesse des Fideicommisses so zu schließen, daß er den Proceßgegner mit Geld abfindet. Sollte hierzu jedoch das Fideicommiß mit Schulden belastet werden, so wäre dazu dieselbe Voraussetzung erforderlich, wie zum Aufgeben einiger Stücke des Fideicommisses.

Rücksichtlich der Unstatthaftigkeit wird von den älteren Juristen, und zwar mit Recht, dem Vergleich der Compromiß gleichgestellt[42]).

Wird nun aber auch die Unveräußerlichkeit der Fideicommißgüter durchweg als die Regel aufgestellt, so werden doch gar mancherlei Ausnahmen davon zugelassen. Die Gründe hierfür sind Nothwendigkeit und Nützlichkeit, und noch einige sonstige Modalitäten der Veräußerung.

Was nun die nothwendigen Veräußerungen betrifft, so versteht es sich zunächst von selbst, daß Fideicommißgüter eben so gut, wie alle anderen Vermögensobjecte einer Zwangsenteignung unterliegen, denn dem Gesetz, welches die Expropriation im concreten Fall anordnet, oder nach dessen, die Voraussetzungen einer solchen bestimmenden, Vorschriften dieselbe erfolgt, muß jeder Einzelwille weichen[43]). Das bezieht sich eben so wohl auf die Veräußerung ganzer Grundstücke und Theile derselben, als einzelner den Fideicommißgütern zustehender Gerechtsame, insbesondere solcher, die sich als Ausfluß der Gutsunterthänigkeit darstellen. Geben in letzterer Beziehung die Ablösungsordnungen den abhängigen Bauern das Recht, die Ablösung zu verlangen, so ist das ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Zwangsenteignung aufzufassen.

Aber auch von der Zwangsenteignung abgesehen, suchen die älteren Juristen die Zuläßigkeit nothwendiger Veräußerungen weitläufig zu begründen[44]). Doch läßt sich ihre ganze, durchweg in allgemeinen Redensarten bestehende Argumentation in den Satz zusammenfassen: „Noth kennt kein Gebot" [45]).

---

[41]) Kreittmayr a. a. O.

[42]) Knipschildt l. c. n. 109—116. Beck l. c. p. 9. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 2.

[43]) Schon die älteren Juristen lassen eine Veräußerung von Fideicommißgütern zu, wenn favor et utilitas publica id requirit: Knipschildt l. c. XI n. 447 sq. Beck l. c. p. 31 sq. Dafür führen dieselben Stellen des römischen und canonischen Rechts, wie L. 51 § 2 Ad. L. Aquil. (9, 2). L. un. § 14 C. De caduc. toll. (6, 51). Auth. Res quae C. Comm. de legat. (6, 43). C. 3 in fin. De sent. et iud. in 6to. (2, 14).

[44]) Fusarius l. c. qu. 727. Knipschildt l. c. XI n. 453—468. Beck l. c. p. 32 sq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 7. Richter, de fideicommissio familiarum p. 136.

[45]) Necessitas non habet legem: Knipschildt l. c. n. 455. Kreittmayr a. a. O.

Hierdurch darf man sich aber ja nicht zu dem Schluß verleiten lassen, daß jene Ausnahmefälle in einem wirklichen Nothstand begründet wären, dem nun allerdings gleichfalls für das Civilrecht keine Bedeutung beigelegt werden könnte; vielmehr verbinden jene Juristen mit der Nothwendigkeit einen viel weiteren Begriff, wie sich dies schon aus der von Knipschildt adoptirten Eintheilung der Arten der necessitas ersehen läßt. Knipschildt[46]) zählt nämlich nach Menochius deren vier auf, nämlich necessitas fatalis, naturalis, culpabilis und legalis. Die erste besteht in unvorhergesehenen und unabwendbaren außerordentlichen Unglücksfällen. Die zweite begreift den gewöhnlichen nothwendigen Aufwand für Essen, Kleidung, Reparaturen der Häuser, Führung der Wirthschaft, öffentliche Abgaben. Die culpabilis ist die (durch Verschwendung) verschuldete Noth. Die legalis necessitas wird begründet durch die gesetzlichen Obliegenheiten z. B. die Pflicht des Vaters seine Kinder zu alimentiren, seine Töchter zu dotiren. Diese Eintheilung haben nach Knipschildt auch Beck und Kreittmayr angenommen. Nur die culpabilis necessitas wird allgemein als kein Grund für Veräußerungen angesehen, Kreittmayr nennt auch die naturalis nicht als einen solchen. Die anderen Juristen classificiren nicht die Nothwendigkeit in derselben Weise, sondern begnügen sich, die speciellen Fälle derselben hervorzuheben, in denen eine Veräußerung gestattet sein soll. Im Einzelnen weichen sie vielfach von einander ab. So hält Molina[47]) eine Veräußerung der Majoratsgüter für statthaft, wenn der Besitzer sich und die Seinigen nicht anders ernähren kann, ebenso wenn es sich um den Loskauf des Besitzers aus feindlicher Gefangenschaft handelt. Richter[48]) zählt als caussae necessariae für eine Veräußerung ebenfalls auf: Beschaffung des nothwendigen Unterhalts des Fideicommißbesitzers, Gewährung der Legitima oder alimentaria provisio an die Kinder eines solchen, Zahlung der Gebühren für die Aufnahme von Familiengliedern in Capitel und Stifte, und aes alienum ob urgentem familiae necessitatem contractum. Dagegen verwirft er die Kosten der Loskaufung aus der Gefangenschaft und Krankheitskosten. In den von den einzelnen Juristen für genügend erachteten Fällen einer necessitas sollte selbst das ausdrücklich solchen Arten gegenüber aufgestellte Veräußerungsverbot des Stifters wirkungslos sein[49]), und nur der Beweis der

---

[46]) L. c. XI n. 461—465. [47]) L. c. IV c. 6 n. 8 sq.

[48]) L. c. p. 142—144.

[49]) Knipschildt l. c. XI n. 466. Molina (l. c. IV c. 6 n. 10 sq.) ist allerdings der Ansicht, die Bestimmung des Stifters, daß selbst zur Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias für seine eigenen Descendenten Fideicommißgüter nicht veräußert werden dürften, reiche hin, um Alienationen von solchen zu hindern; was um so mehr auf die Fälle Anwendung finden muß, in denen aus einem im Fideicommißbesitzer liegenden Grunde die Veräußerung nach ihm statthaft ist. Diese Ansicht erklärt sich aus der größeren Wirksamkeit, welche Molina einem ausdrücklichen Veräußerungsverbot beilegt.

wirklichen Nothwendigkeit [50]), sowie des Umstands, daß freie Güter, wozu auch die Einkünfte des Fideicommisses gerechnet wurden [51]), nicht vorhanden wären [52]), um jene Ausgaben zu bestreiten, wurde verlangt.

Daß nun durch eine so freigebige Gestattung der Veräußerung von Fideicommißgütern alle Fideicommisse in ihrer Existenz bedroht werden, liegt auf der Hand. Die Juristen, welche diese Theorie vertreten, übersehen eben vollständig den Zweck des Familienfideicommisses. Zweck ist die Erhaltung der Familie, woraus naturgemäß eine gewisse Zurücksetzung des einzelnen Familiengliedes hervorgeht. Es ist gar nicht abzusehen, weshalb der Stifter seinen nächsten Descendenten überhaupt Beschränkungen der Dispositionsbefugniß auferlegt hat, wenn es den entfernteren Familiengliedern doch freistehen sollte, aus zum Theil gar nicht so dringenden Ursachen den Fideicommißnexus zu brechen. Die sämmtlichen von den älteren Juristen genannten Fälle sind zu verwerfen bis auf wenige, in denen dem Fideicommißbesitzer eine Verschuldung der Güter gestattet ist, auf die wir später bei der Lehre von den Fideicommißschulden zurückkommen werden.

Als zweiten Grund, aus dem eine Veräußerung von Fideicommißgütern zuläßig sein soll, wird, wie wir sahen, die Nützlichkeit des Geschäfts angegeben. Demgemäß sollten veräußert werden dürfen res steriles, sowie solche, welche nur einen mäßigen Fruchtertrag gewährten oder in nicht allzu ferner Zukunft ganz nutzlos sein würden, z. B. dem Einsturz nahe Gebäude, oder Sachen, welche gar nicht erhalten werden könnten, wobei man sogar annahm, daß der, welcher Sachen der letzteren Art nicht veräußerte, sich einer culpa schuldig mache [53]). Ueberhaupt, meinte man, sei die Veräußerung stets gestattet, wenn aus dem gelösten Kaufpreis nutzbringendere und für die Zwecke des Fideicommisses geeignetere Sachen für dasselbe erworben würden [54]), wie in diesem Fall auch das Bayerische Landrecht eine Veräußerung gestattete [55]). Aus diesem Grunde wurde auch die Vertauschung von Fideicommißgütern unter der Voraussetzung gestattet, daß das Geschäft nützlich, und nicht der entgegengesetzte

---

[50]) **Knipschildt** l. c. n. 467. [51]) **Molina** l. c. n. 15 sq.

[52]) **Knipschildt** l. c. n. 468 sq.

[53]) **Grassus**, receptae sententia § fideicommissum qu. 58 n. 3. **Peregrinus** l. c. art. 40 n. 37. **Fusarius** l. c. qu. 544 n. 2 sqq. qu. 734 n. 5. **Petra** l. c. qu. 8 n. 538. **Gayll**, practicae observationes II obs. 137 n. 17. **Knipschildt** l. c. XI n. 445 sq. **Beck** l. c. p. 30.

[54]) **Knipschildt** l. c. n. 441 sq. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10. § 24 N. 1 u. 7. **Beck** l. c. p. 30 sq. **Dalwigk**, Erbrecht III S. 77.

[55]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 24: „Fideicommiss-Güter können nur in folgenden Fällen veräußert werden — Wenn die Alienation — 6to. zum Nutzen der Familie gereicht und etwan ein besseres oder ein einträglicheres Surrogatum hergestellt wird.“

Wille des Stifters, etwa propter specialem rei affectionem, entweder direct ausgesprochen oder doch sonst mit Sicherheit zu erkennen wäre[56]). Als Grund hierfür wird angegeben, daß dies dem Willen des Stifters vollkommen gemäß sei. Derselbe beabsichtige nämlich nicht sowohl die Erhaltung der Güter in der Familie, als vielmehr die Erhaltung der Familie durch die Güter. Dieser Zweck aber werde vollkommen erreicht, wenn, wie dies hier der Fall sei, die eingetauschten Güter an die Stelle der veräußerten träten[57]), um so mehr, wenn die erworbenen Güter einen höheren Werth hätten oder sonst dem Zwecke des Fideicommisses besser entsprächen, als die veräußerten. Wenn man ein derartiges Tauschgeschäft, wurde weiter ausgeführt, als unerlaubt zurückweisen wollte, würde man sich geradezu der Gefahr aussetzen, dem Willen des Stifters entgegenzuhandeln. Dieser Wille sei ja der allein maßgebende, und demgemäß sei jede Veräußerung statthaft, wenn zu vermuthen, daß der Stifter selbst dieselbe vorgenommen oder doch erlaubt haben würde.

Daß nun auf den Willen des Stifters Alles ankommt, ist unbestritten, ebenso daß wir uns nach ihm allein richten müssen, wo er sicher zu erkennen gegeben ist. Demzufolge dürfen wir allerdings die Veräußerung von Grundstücken, welche ganz unfruchtbar sind, oder einen so geringen Ertrag gewähren, daß dadurch kaum die Bestellungskosten gedeckt werden, für erlaubt halten, da eine Nutzbarmachung derselben, etwa durch Bebauung mit Häusern, wo dies vielleicht wegen der unmittelbaren Nähe der Stadt einen Ertrag verspricht oder durch Fabrikanlagen einen Aufwand von Geldmitteln erfordern würde, der dem einzelnen Besitzer unmöglich aufgebürdet werden kann, der aber auch, wenn die Aufnahme von Schulden auf die Substanz des Fideicommisses für gerechtfertigt zu halten wäre, die Kräfte dieses leicht übersteigen dürfte. Eine Erhaltung des Ansehens der Familie durch ein derartiges nutzloses Grundstück ist nämlich nicht denkbar, und es entspricht unzweifelhaft mehr dem Willen des Stifters, wenn das aus dem Verkauf desselben gelöste Geld zum Nutzen des Fideicommisses verwendet wird. Dasselbe gilt von Sachen, welche bald ganz nutzlos sein werden, was besonders bei Mobilien, die als Pertinenzen eines Fideicommißguts dienen, eintreten kann. Aber weiter dürfen wir nicht gehen, und namentlich nicht jede Veräußerung gestatten, welche einen Vortheil für das Fideicommiß verspricht. Es ist schon ganz richtig, daß der Stifter die Erhaltung der Familie, nicht die der Güter durch die Fideicommißerrichtung beabsichtigte, allein er suchte die Erhaltung des Familien-Ansehens gerade in der von ihm beabsichtigten Weise, d. h. dadurch, daß bestimmte Güter der Familie bewahrt blieben, ohne Rücksicht darauf, daß jener Zweck vielleicht auch in anderer Weise, und

---

[56]) Peregrinus l. c. art. 40 n. 32 sq. Petra l. c. qu. 8 n. 525. n. 528. Fusarius l. c. qu. 530 n. 1—4 n. 7 u. 8. Betsius, l. c. VIII § 62. Knipschildt l. c. XI n. 69—74. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 7.

[57]) Knipschildt l. c. XI n. 76 sq.

zwar noch viel besser erreicht werden konnte. Sollte man dem jedesmaligen Besitzer die gedachte Befugniß einräumen dürfen, so müßte man doch sicher sein, daß sein Wille auch wirklich mit dem des Stifters übereinstimmte. Dies ist jedoch schwerlich oft der Fall, vielmehr sind die Ansichten darüber, was nützlich und vortheilhaft sei, zum Theil durch besondere Umstände und individuelle Eigenschaften bedingt. Von den älteren Juristen erklärt sich demnach bereits Molina[58]) gegen die Zulässigkeit einer derartigen Veräußerung.

Die älteren Juristen halten einen Verkauf von Fideicommißgrundstücken auch dann für nicht unerlaubt, wenn ein pactum de retroëmendo demselben zugefügt sei[59]). Doch ist dieser Punkt überhaupt nur dann von Wichtigkeit, wenn auf die Veräußerung, sei es durch particularrechtliche Vorschrift, sei es durch Bestimmung des Stifters eine Strafe, namentlich Entziehung des Fideicommisses gesetzt ist. Mit Rücksicht hierauf kann man allerdings so lange dem Besitzer die Einlösung noch offen steht, noch nicht von unerlaubter Veräußerung reden. Dagegen besteht zu Gunsten des Erwerbers und dem revocirenden Successor gegenüber ein solcher Verkauf eben so wenig zu Recht, als wenn das pactum de retroëmendo nicht zugefügt wäre.

Ferner wurde eine Veräußerung für zulässig gehalten, wenn dieselbe innerhalb der Familie, an Familienglieder, welche an sich zur Succession fähig sind (also bei agnatischen Fideicommissen nicht an Weiber und Cognaten)[60]), geschieht. Denn da, so nahm man an, das Veräußerungsverbot lediglich ein Requisit des Zwecks des Familienfideicommisses sei, daß die Güter der Familie erhalten bleiben sollten, so werde dasselbe durch eine derartige Alienation eigentlich nicht verletzt[61]). Indeß so allgemein ist dies nicht für richtig zu halten. Denn wenn schon zunächst die Fideicommißstiftung zu Gunsten der ganzen Familie errichtet ist, so sind doch zugleich durch diese die einzelnen Familienglieder berechtigt, und können verlangen, in einer bestimmten Reihenfolge zur Succession zu gelangen, mag der Stifter eine besondere Erbfolgeordnung vorgeschrieben haben, oder nicht, denn im letzteren Fall gilt die gewöhnliche civilrechtliche Successionsordnung als eingeführt[62]), und nur dann ließe sich eine Abweichung hiervon annehmen, wenn der Stifter dem jedesmaligen Besitzer die Wahl des Nachfolgers aus einer bestimmten Familie gegeben hätte[63]), eine

---

[58]) L. c. IV c. 6 n. 26.

[59]) Petra l. c. qu. 8 n. 539 Fusarius l. c. qu. 718 n. 37. Knipschildt l. c. XI n. 39. Kreittmayr u. a. O. III C. 10 § 23 N. 2 u. 5.

[60]) Knipschildt l. c. XI n. 439.

[61]) Besoldus, consilia cons. 11 n. 35. cons. 83 n. 8. Petra l. c. qu. 8 n. 530. Knipschildt l. c. n. 417 sq.

[62]) Petra l. c. qu. 7 n. 3 sqq. n. 6. Fusarius l. c. qu. 380 n. 18 sqq. qu. 716 n. 11. Knipschildt l. c. XI n. 425 sqq.

[63]) Knipschildt l. c. XI n. 427. 431. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 2.

Befugniß, die, wie wir oben sahen[64]), bei dem römischen Familienfideicommiß sich von selbst verstand, wenn nicht geradezu das Gegentheil verordnet war, bei den heutigen Familienfideicommissen sich wohl schwerlich finden dürfte. So heißt es auch in dem Reichshofraths-Gutachten in Betreff des fürstlich Oettingischen Successionsstreits von 1740[65]): — „Man urgiret, daß die freie Disposition de Immobilibus in offtbesagter Erbeinigung inter ipsos Agnatos, seu in Familia nirgends verboten, sondern nur respectu Extraneorum —. Es ist aber genug, daß die facultas disponendi nirgends darin verstattet: die Prohibition ist de natura Fideicommissi Familiae absoluti, welche Eigenschaft nicht anders als per expressam conventionem contrariam alteriret werden mag". Dieses Recht kann den Successoren auch durch Veräußerungen des Besitzers nicht entzogen werden[66]). Demgemäß ist eine Veräußerung an ein Familienglied, sobald dieses nicht schon an sich zur Succession berechtigt wäre[67]), eben so ungültig, als die, welche zu Gunsten eines extraneus geschieht, und kann daher von dem Nächstberechtigten, wenn die Succession an ihn gelangt, angefochten werden[68]). Ebenso können, wenn die Veräußerung an einen oder einige von mehreren gleichberechtigten Agnaten geschehen ist, die übrigen dieselbe auf den ihnen gebührenden Theil revociren. Selbst ein Verzicht des Besitzers auf das Fideicommißgut zu Gunsten des nächstberechtigten Successors kann später angefochten werden, wenn zur Zeit des Todes des Renuncianten ein Näherberechtigter, der damals noch nicht lebte, vorhanden ist, was bei Familienfideicommissen leicht vorkommen kann, da bei diesen die Descendenten des Besitzers facta defuncti nicht ohne Weiteres anzuerkennen brauchen. Ebenso kann bei einem Familienfideicommiß, für welches keine Individualsuccession besteht, der Verzicht, welcher zu Gunsten Eines oder einzelner von mehreren Gleichberechtigten vom Fideicommißbesitzer erfolgte, von den anderen nach dem Tode des Renuncianten pro rata angefochten werden[69]).

---

[64]) S. o. S. 13 f.

[65]) Bei Moser, Familien-Staats-Recht C. 19 § 46 (Th. II S. 1221 f.).

[66]) Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 2.

[67]) Eine Veräußerung an diesen ist natürlich vollkommen gültig: Petra l. c. qu. 8 n. 282. Fusarius l. c. qu. 715 n. 1 sq. Knipschildt l. c. XI n. 419—421. 430. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 1 u. 2. So auch der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 24: „Fideicommiss-Güter können nur in folgenden Fällen alienirt werden — 2do. Wenn die Veräusserung nur an denjenigen geschiehet, welcher in Successione ohnehin der nächste ist".

[68]) Fusarius l. c. qu. 380 n. 21. Knipschildt l. c. XI n. 431 sq. XIII n. 21. n. 72. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 2. Hellfeld l. c. p. 81.

[69]) Knipschildt l. c. XI n. 433 sqq. XIII n. 21. Beck l. c. p. 28—30. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 2. Pfeiffer, vermischte Aufsätze S. 14—16.

Welches ist nun die Folge einer dem Veräußerungsverbot zuwider vorgenommenen Veräußerung?

Hierüber lassen sich drei Hauptmeinungen unterscheiden. Die eine geht dahin, die Veräußerung ist vollkommen gültig. Das Verbot macht sie nicht nichtig. Es geht also Eigenthum auf den Erwerber über. Aber dieses Eigenthum ist ein beschränktes, beschränkt auf die Lebenszeit des veräußerenden Fideicommißbesitzers, denn auch diesem stand nur ein solches zu; mit dem Tode desselben erlischt es auch bei dem Erwerber, und ist dieser daher der Vindication Seitens des Fideicommißsuccessors ausgesetzt[70]). Die zweite Meinung unterscheidet zwischen den auf letztwilligen Verfügungen und den auf Verträgen beruhenden Familienfideicommissen. Bei der ersteren Art wird Nichtigkeit als Folge der Veräußerung angenommen; bei der zweiten dagegen nur eine Klage auf das Interesse gegen den Veräußerer und dessen Erben dem Erwerber und natürlich auch dessen Erben gewährt; die rei vindicatio aber gegen den dritten Besitzer für unstatthaft, die Veräußerung also für vollkommen gültig gehalten[71]). Nach der dritten Ansicht tritt stets Nichtigkeit der Veräußerung ein, mag das Familienfideicommiß durch eine letztwillige Verfügung in's Leben gerufen sein, oder auf einem Act unter Lebenden beruhen[72]).

Von diesen betrachteten drei Meinungen stimmen die erste und die letzte in so fern überein, als nach beiden im Augenblick des Todes des Veräußerers der Successor das Fideicommißgut vom Erwerber vindiciren darf. Dagegen ist nach der zweiten Meinung diese Vindication bei allen vertragsmäßigen Familienfideicommissen ausgeschlossen. Wir wollen daher zunächst auf diese zweite Meinung eingehen.

---

[70]) Carpzov, iuris prudentia romano-saxonica III c. 8. def. 30. Diese Ansicht vertritt auch Salza in seiner Lehre von den Familien-Fideicommissen S. 155, und ebenso in neuester Zeit Walter, System § 471 N. III. Zu ihr bekennen sich auch Petra (l. c. qu. 3 n. 5) und Knipschildt (l. c. VI n. 376 — 378; vgl. XIII n. 32 sq.) für den Fall, daß die Veräußerung der Fideicommißgüter nicht ausdrücklich in der Stiftungsurkunde verboten ist. Das stillschweigende, in der Fideicommißerrichtung selbst liegende Veräußerungsverbot soll nicht die Wirkung haben, die Alienation nichtig zu machen.

[71]) Bartolus in L. 114 § 14 De legat. I n. 6. Peregrinus l. c. art. 51 n. 72. Fusarius qu. 533 n. 2. qu. 554 n. 6. qu. 674 n. 5 sq. qu. 717 n. 2 sq. n. 29. Gayll, practicae observationes II obs. 16 n. 5 sqq. obs. 137 n. 16.

[72]) Molina l. c. I c. 1 n. 30—32. Boehmer, exerc. ad pand. II p. 443. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 4. Cramer, observationes iur. univ. t. III obs. 982. Richter l. c. p. 70 sqq. Hellfeld l. c. p. 56. Pfeiffer, vermischte Aufsätze S. 37 f. Dalwigk, Erbrecht III S. 75 f. Salza in Weiske's Rechtslexicon IV S. 242. Gerber, System § 84. Zimmerle, Stammgutssystem S. 291. Auch Knipschildt (VI n. 376—378.

Schon einige ältere Juristen erklären die Annahme einer Verschiedenheit der Wirkungen des Veräußerungsverbots, je nachdem dasselbe ein letztwilliges oder vertragsmäßiges ist, bei Familienfideicommissen nicht für statthaft[73]). Dies versuchen sie freilich in verschiedener Weise zu begründen. Denn während Molina auf das dem Fideicommißbesitzer nur ad dies vitae zustehende Eigenthumsrecht recurrirt, welches nach dem Tode desselben sofort auf den Nachfolger übergehe, und Böhmer darauf hinweist, daß aus dergleichen Verträgen ein Erbrecht hervorgehe, welches stärker sei als eine bloße Obligation, geht Knipschildt davon aus, daß man den Familienverträgen der nobiles und illustres, welche die Erhaltung der Familie selbst zum Gegenstand hätten, vim legis beilegen müsse. Hellfeldt hebt, die von ihm vertretene Theorie vom getheilten Eigenthum herbeiziehend, hervor, daß das Eigenthum (natürlich Obereigenthum) der ganzen Familie in gleicher Weise durch einen Vertrag wie durch letztwillige Verfügung begründet werden könne, was die Folge habe, daß stets bei einer Veräußerung von Fideicommißsachen diese nur mit der darauf liegenden Last, nämlich der Verpflichtung des veräußerenden Fideicommißbesitzers, dieselben bei seinem Tode dem Nachfolger zu hinterlassen, übertragen würden. Zur Unterstützung dieser Argumentation beruft er sich noch auf das bei den altgermanischen bona avita geltende Recht, welches Institut sich im Familienfideicommiß lediglich in veränderter Form erhalten habe. Kreittmayr betrachtet jene Unterscheidung überhaupt nur als eine Subtilität des römischen Rechts, welche demgemäß auf Anwendung keinen Anspruch habe.

Diese letztere Meinung ist nun offenbar gar nicht weiter in Betracht zu ziehen, denn wenn schon zwischen letztwilligem und vertragsmäßigem Veräußerungsverbot nicht ein derartiger Unterschied besteht, daß jenes immer Nichtigkeit der dem Verbot zuwider stattgefundenen Alienation zur Folge hat, dieses dagegen nur eine Klage auf das Interesse, so dürfen wir doch auf der anderen Seite keineswegs behaupten, daß auch die Wirkung jedes vertragsmäßigen Veräußerungsverbots Nichtigkeit der Veräußerung sei, indem diese Wirkung ja nicht einmal allen letztwilligen Verboten beizulegen ist[74]). Auch die Ansicht von Knipschildt ist als irrig zu verwerfen. Denn, wenn auch den Familienverträgen des hohen Adels Gesetzeskraft beizulegen ist, so gilt doch keineswegs ein Gleiches in Betreff der vertragsmäßig errichteten Familienfideicommisse des niederen Adels und des Bürgerstandes. Weiter brauchen wir auch auf die Motivirung Hellfeld's nicht näher einzugehen. Denn abgesehen davon, daß seine Begründung in der Hauptsache mit der Molina'schen überein-

XI n. 13 sqq. n. 26—29. XIII n. 33. XVI n. 382) hält diese Ansicht für die einzig richtige in dem Fall, wo die Stiftungsurkunde ein Veräußerungsverbot enthält.

[73]) Molina l. c. I c. 1 n. 30—32. Knipschildt l. c. XI n. 15—29. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 4. Hellfeld l. c. p. 56 sqq. Boehmer l. c. p. 443.

[74]) Vgl. Puchta, Pandekten § 145. Keller, Pandekten § 125.

kommt, ist sowohl seine Theorie von dem getheilten Eigenthum, als seine Ansicht von der Identität der Familienfideicommisse mit den Stammgütern unhaltbar. Dagegen ist es vollkommen richtig, wenn Molina geltend macht, daß, ganz abgesehen von der Bedeutung des Veräußerungsverbots, die Veräußerung wegen des beschränkten Eigenthums des Veräußerers ihre Wirksamkeit über den Tod des letzteren hinaus nicht äußern könne. Und darauf zielt auch wohl die Andeutung von Böhmer hin. Damit ist nun die in Rede stehende Meinung in so weit widerlegt, als gezeigt wird, daß die Folge eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbots sich nicht lediglich auf eine Interessenforderung beschränke, sondern in der That die Entstehung des zeitlich unbeschränkten Eigenthums auf Seiten des Erwerbers des Fideicommißguts ausschließe.

Es handelt sich also nur noch um die Beantwortung der Frage: Ist die Folge des in der Fideicommißerrichtung liegenden Veräußerungsverbots Nichtigkeit der dadurch verpönten Handlung, oder geht nichts desto weniger durch letztere Eigenthum, freilich auf Lebenszeit des Veräußerers beschränktes, auf den Erwerber über? Hier haben wir nun eine positive Vorschrift in der L. 3 §§ 2 und 3 C. Comm. de legat. (6, 43): Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis et fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales, quam in rem et hypothecarias dedimus, et in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, et ad hanc legem pervenimus. Nemo itaque heres ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda vel pignoris vel hypothecae titulo assignanda, vel manicipia manumittenda, sed sciat hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno iuri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecae pignorisve nomine obligare, vel manumittere et alienam spem decipere. Sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale, vel substitutione vel restitutione, melius quidem faciet, si et in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat; sin autem avaritiae cupidine propter spem condicionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod condicione impleta ab initio caussa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata, ut nec usucapio, nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, sive pure, sive sub certo die, sive sub condicione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare et sibi assignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo. Wie nämlich

schon öfter hervorgehoben, erscheint der Successor dem Vorbesitzer des Fideicommisses gegenüber als Vermächtnißnehmer, welchem die Fideicommißsache zu restituiren ist. Daraus rechtfertigt sich die Anwendung der angezogenen Stelle für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage. Freilich ist dieselbe unmittelbar nur anwendbar auf die durch letztwillige Verfügung, und zwar Testament und Codicill begründeten Familienfideicommisse. Außerdem ist es bestritten, ob die Bestimmung derselben sich auf alle Vermächtnisse bezieht oder nur auf solche, deren Gegenstand eine res testatoris propia ist[75]). Für den wahren Sinn der L. 3 cit. und somit für das Recht der gewöhnlichen Vermächtnisse, glaube ich, muß das Letztere für das richtigere gehalten werden[76]). Allein die Juristen, welche überhaupt die Veräußerungen von Fideicommißgütern stets für nichtig erklärten, behandelten alle Arten der Familienfideicommisse ganz gleich und nahmen weder Rücksicht auf das Geschäft, durch welches das Fideicommiß in's Leben gerufen, noch auch darauf, ob dasselbe lediglich aus Sachen des Stifters, oder aber allein oder zugleich aus solchen anderer Personen errichtet war. Dafür, daß das contractlich errichtete Fideicommiß dem durch Testament oder Codicill begründeten gleich stehe, wurden noch Stellen des römischen Rechts beigebracht, so von Molina[77]) die Auth. Res quae C. Commun. de legat. und von Knipschildt[78]) L. ult. C. De reb. al. non alien. (4, 51). Von der ersteren werden natürlich für maßgebend gehalten die Anfangsworte: Res quae subiacent restitutioni, prohibentur aliearni quidem vel obligari; rücksichtlich der L. ult. cit. bemerkt Knipschildt, daß dieselbe offenbar bestimme, dominii alienationem prohibitam esse —, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit. Diese Stellen haben nun allerdings keineswegs den Sinn, welchen die älteren Juristen mit denselben verbinden. Die Auth. res quae bezieht sich wie Nov. 39 c. 1, woraus dieselbe entnommen und welche dies ganz deutlich zeigt, keineswegs auf alle, auf irgend welchem Rechtsgrund beruhenden Restitutionen, sondern nur auf die, von denen L. 3 C. Comm. de legat. handelt, d. h. den durch ein Vermächtniß angeordneten, und L. ult. De reb. al. non alien. will keineswegs sagen, daß die Wirkung des vertragsmäßigen Veräußerungsverbots dem des gesetzlichen und testamentarischen ganz gleich sei, sondern bestimmt lediglich, daß jedes Veräußerungsverbot sich

---

75) Die beschränkende Ansicht ist zuletzt vertheidigt worden von Arndts in der Fortsetzung von Glück's Pandekten-Commentar Th. XLVI Abth. 1 (Erlang. 1868) S. 63 ff., die ausdehnende hat vertreten Marezoll, zu der Lehre von den Vermächtnissen in der Gießener Zeitschrift IX, 4, 9 und nach ihm Heimbach in Weiske's Rechtslexicon IV S. 285 ff.

76) Auf die für diese Ansicht beigebrachten Gründe, sowie die der Gegner ist es nicht nothwendig, hier einzugehen, da die Controverse für das Recht der Familienfideicommisse ohne practische Bedeutung ist.

77) L. c I. c. 1 n 32. 78) L. c. XI n. 29.

nicht nur auf vollständiges Aufgeben des Eigenthums, sondern auch auf die Beschwerung desselben mit Servituten und dinglichen Lasten irgend welcher Art beziehe. Nichts desto weniger glaube ich jedoch, daß man die in Rede stehende Frage bei allen Familienfideicommissen ganz gleich, und zwar unter analoger Anwendung der L. 3 cit., zu beantworten hat, und daß diese gleichmäßige Behandlung derselben sich in folgender Weise rechtfertigt. Das dem römischen Recht entlehnte Familienfideicommiß ist die ausschließliche Form geworden, wodurch außerhalb des Kreises des hohen Adels die Unveräußerlichkeit von Vermögensobjecten durch Generationen in Folge einer Privatdisposition ermöglicht wird. Daraus geht hervor, daß die durch das römische Recht bei der einzig möglichen Form, in der nach diesem ein Familienfideicommiß errichtet werden konnte, angeordnete Nichtigkeit der Veräußerung auf alle Formen Anwendung findet, durch welche heutzutage ein solches begründet werden kann. Die Ausdehnung der durch L. 3 C. Comm. de legat. vorgeschriebenen Nichtigkeit der Veräußerung vermachter Sachen durch den Restitutionspflichtigen auf solche Gegenstände des Familienfideicommisses, welche gar nicht im Eigenthum des Stifters standen, sondern einem Erben desselben, einem Fideicommißsuccessor oder einem Fremden gehörten, rechtfertigt sich dadurch, daß dieselben durch die Hingabe von Seiten des Eigenthümers gewissermaßen die Qualität von Vermögensobjecten des Stifters selbst erhalten haben. Ein Widerspruch gegen die Bestimmung der L. 3 C. cit. nach ihrer richtigen Auslegung liegt hierin nicht, denn Veräußerungen des Erben selbst, bevor er die Sache für das Fideicommiß hergegeben hat, sind auch nach dieser Annahme nicht nichtig.

Hier drängt sich aber noch die Frage auf, ob die Nichtigkeit unbedingt die Folge der Veräußerung einer Fideicommißsache ist, oder nur dann eintritt, wenn dem Erwerber und dem Veräußerer oder einem von beiden die Fideicommißqualität bekannt war. Die Frage, ob das Wissen des Erwerbers wesentliches Erforderniß für die Nichtigkeit der Veräußerung ist, hängt mit der bereits erörterten zusammen, ob zur Gültigkeit der Fideicommißstiftung Dritten gegenüber eine bestimmte Form für die Errichtung und namentlich die Veröffentlichung derselben nothwendig sei. Wie wir diese verneinten, so haben wir auch die hier aufgeworfene zu verneinen. Der Umstand, ob dem Erwerber des Fideicommißguts die Fideicommißqualität desselben bekannt gewesen, ist lediglich dafür von Bedeutung, ob derselbe als bonae oder malae fidei possessor anzusehen ist[79]). Für das Erforderniß der Bekanntschaft des Veräußerers mit der Fideicommißqualität des Guts, als Voraussetzung der Nichtigkeit der Veräußerung kommt zunächst eine Stelle des römischen Rechts in Betracht; nämlich L. fin. § fin. De legat. II (31)[80]). In derselben

[79]) Das ist der Standpunkt, auf den sich Moser, Familien-Staats-Recht S. 19 § 54 (Th. II S. 1225) stellt.

[80]) Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cujus post mortem codi-

wird die Entscheidung gegeben, daß, wenn der Erbe Erbschafts-Sachen veräußert, ohne das ihm auferlegte Fideicommiß zu kennen, dem Fideicommissar lediglich ein Anspruch auf Ersatz des Werths jener Sachen gegen den Fiduciar zustehen soll, nicht dagegen eine Vindication gegen den Erwerber der Sachen. Das in dieser Stelle ausgesprochene Princip halten die älteren Schriftsteller, denen die Anwendbarkeit desselben bei gewöhnlichen Fideicommissen, wenn auch nach einigen mit mancherlei Ausnahmen, außer Zweifel ist[81]), für die Familienfideicommisse nicht für maßgebend[82]). Da dies die communis DD. opinio war, so dürfen wir auch für den Fall, daß der Veräußerer die Fideicommißqualität nicht kannte, keine Ausnahme von der aufgestellten Regel statuiren. Eine solche wäre m. E. nur zuläſſig bei einem ganz gleichen Sachverhalt, wie dem in der citirten L. fin. De legat. II behandelten, also in dem Falle, wenn der Stifter die Eröffnung der Urkunde, in der er das Familienfideicommiß errichtet, und somit auch das Inkrafttreten des Fideicommisses erst nach dem Ableben seines Erben angeordnet hätte. Alsdann existirte nämlich ein Familienfideicommiß bei Lebzeiten des letzteren noch gar nicht, vielmehr könnte diesem gegenüber lediglich von einem einfachen Vermächtniß die Rede sein. Die auf ein solches anwendbare Bestimmung der L. fin. cit. muß daher auch geltend gemacht werden, wenn jener Erbe einen von seinem Erblasser für das Familienfideicommiß bestimmten Gegenstand veräußert.

Gesetzlich ist die Nichtigkeit als Folge der unerlaubten Veräußerung von Fideicommißgegenständen, ausgesprochen durch das Bayerische Landrecht, welches freilich bei dieser (worauf wir noch später zurückkommen werden) nicht stehen bleibt[83]), und ebenso für das heutige Bayerische Recht durch das Edict über die Familien-Fideicommisse[84]).

---

cillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor, infructuosum rationi suae existimans vendidit. Emptor quaerit, an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur, an vero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeatur. Respondi propter iustam ignorantiam mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.

[81]) Die Schriftsteller sind angegeben bei Knipschildt XI n. 358 - 362.

[82]) Fusarius l. c. qu. 556 n. 25. Knipschildt l. c. XI n. 363 und die bei diesem citirten älteren Schriftsteller. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 1. Beck l. c. p. 27 sq., der dies freilich nur für den Fall annimmt, quando fundator expresse ordinavit, bona in familia conservari debere.

[83]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 23: „1mo. Ist alle Fideicommiss-Veräusserung ausser deren im nächstfolgenden §vo specificirter Fällen, sowohl per Actum inter Vivos als Mortis causa dem Fideicommissario verbotten, und wenn dergleichen geschiehet, so hat es 2do. nicht nur keine Kraft, sondern Fideicommissarius, welcher dieses wissentlich unternimmt, verwürkt dadurch das Fideicommiss, und zwar ganz oder zum Theil, soweit nemlich die Veräusserung geschehen ist".

[84]) Edict § 52: „Jede Veräußerung oder Belastung der Substanz des Fidei-

Da Nichtigkeit die Folge der Veräußerung ist, letztere also als gar nicht stattgefunden betrachtet wird, so wird durch dieselbe Eigenthum nicht übertragen. Das Revocationsrecht hat daher nicht erst die Rescindirung des Veräußerungsgeschäfts[85]) zur Folge, sondern sofort die rei vindicatio[86]). Dieses Vindicationsrecht kann nun allerdings der veräußerende Fideicommißbesitzer nicht geltend machen. Denn ist auch das Veräußerungsgeschäft nichtig, und wird also dadurch Eigenthum nicht übertragen, so muß man doch mit Rücksicht auf L. 17 De evict. (21, 2) und L. 1 § 5 De exc. rei vend. (21, 3) dem Veräußerer selbst die Vindication absprechen[87]), indem die erste Stelle geradezu dem vom Veräußerer mit dieser Klage in Anspruch genommenen Erwerber die Wahl giebt zwischen der exceptio doli, womit die rei vindicatio zurückgewiesen wird, und der Evictionsklage. Zwar hat der Fideicommißbesitzer durch die Veräußerung sein Eigenthum nicht verloren, aber wegen der dem Erwerber zustehenden exceptio rei venditae et traditae kann er diesem gegenüber dasselbe nicht geltend machen. Für die Befugniß des Veräußerers die Fideicommißsache zu vindiciren, darf man sich auch nicht be-

---

commisses ohne Genehmigung des Gerichts ist nichtig, und kann nicht nur von jedem Fideicommißfolger, sondern auch von jedem Anwärter, so wie von dem Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist, selbst von jenen Anwärtern, welche in die Veräußerung oder Belastung eingewilligt haben, und von ihren Nachkommen angefochten, und das Veräußerte, wenn es in unbeweglichen Gütern bestehet, von jedem dritten Inhaber zurückgefordert werden. In wie ferne die Vindication beweglicher Sachen gegen den dritten Inhaber statt finde, oder der Schuldner eines zum Fideicommisse gehörigen Capitals durch Zahlung an den Fideicommiß-Besitzer von der Schuld befreyt werde, ist nach den Civil-Gesetzen zu beurtheilen. Die vindicirten Bestandtheile des Fideicommisses sollen wieder mit demselben vereinigt werden".

[85]) Betsius (wie schon oben — S. 26 — hervorgehoben im c. IV § 3 seines Tractats) und nach ihm Knipschildt (l. c. XIII n. 90) bemerken, daß gegen eine beabsichtigte Veräußerung ein mandatum sine clausula de non alienando impetrirt werden könne, was natürlich für das heutige Recht nicht weiter in Betracht kommt. Knipschildt (l. c. XI n. 488. XIII n. 70) will in den Fällen einer erlaubten Veräußerung dem nächstberechtigten Agnaten ein Vorkaufsrecht gewähren. Und auch Peregrinus giebt an, daß in der Praxis vielfach so entschieden werde (l. c. art. 42 n. 23), obwohl er selbst dagegen ist (art. 40. n. 27. art. 42 n. 24). Allein da man nicht sagen kann, daß sich für die Zulässigkeit eines solchen Retracts ein gemeines Juristenrecht gebildet, so würde es an jedem Rechtsgrunde dafür fehlen, es müßte denn ein solches Recht durch den Stifter ausdrücklich den Agnaten eingeräumt sein. Die Analogie der Stammgüter und der Lehen, worauf sich Knipschildt (XI n. 489 sq.) beruft, ist nicht zutreffend.

[86]) L. fin. § 3 in fin. C. Comm. de legat. (6, 43).

[87]) Die Sache ist allerdings streitig: Lauk in der Gießener Zeitschrift V 1 S. 9. Brandis ebendas. VII, 4 S. 183 ff.

rufen auf L. 7 C. De agric. et censit. (11, 47), welche die Veräußerung der rustici censitique ohne das Land, wozu dieselben gehören, in der Weise für nichtig erklärt, daß auch dem Veräußerer die Vindication derselben gegen den Erwerber gestattet sein soll; da dieses Gesetz, als mit dem öffentlichen Recht in Verbindung stehend, auf den heutigen Rechtszustand in keiner Weise anwendbar ist, namentlich eine Anwendung auf Fälle so ganz verschiedener Art nicht erleiden kann. Die in L. 1. § 5 cit. gemachte Ausnahme zu Gunsten des Veräußerers, der eine iusta caussa hat, cur vindicet, kann bei einem Fideicommißbesitzer, der ein Fideicommißgut veräußert, auch darin bestehen, daß er bona fide handelte, d. h., daß ihm die Fideicommißqualität des Guts unbekannt war. In diesem Fall wird man ihm das Recht zugestehen müssen, selbst das Gut zu vindiciren. Dafür spricht auch die Analogie des Lehnrechts, welches in dem gleichen Fall das Revocationsrecht nicht dem Herrn, sondern dem Vasallen gewährt[88]. Freilich ist in diesem Falle, wie es auch das Lehnrecht fordert[89], der Veräußerer verpflichtet, dem Erwerber das Interesse zu ersetzen.

Die hier vertheidigte Ansicht wird vertreten von Molina[90], Knipschildt[91], Stryck[92], Hellfeld[93], Richter[94], Dalwigk[95], doch ist die Begründung derselben eine verschiedene. Molina und Knipschildt behaupten, der Grundsatz, daß der, welcher eine nichtige Rechtshandlung vornehme, diese selbst widerrufen dürfe, greife bei einer ungültig erfolgten Alienation nur dann Platz, wenn Niemand anders vorhanden wäre, zu dessen Gunsten die Veräußerung verboten, als der Veräußerer selbst und die Erben desselben. Wären jedoch andere da, so seien diese zur Anfechtung befugt. Indeß hiermit stimmt es nicht überein, daß die genannten Juristen die Veräußerung in dem Falle, wo zu dem stillschweigenden, in der Fideicommißerrichtung selbst liegenden, Veräußerungsverbot nicht noch ein ausdrückliches hinzugekommen ist, von den Fideicommißsuccessoren nicht bereits bei Lebzeiten des Veräußerers anfechten lassen, sondern erst, wenn ein jeder zur Succession gelangen müßte. Hellfeld macht einmal geltend, und ebenso auch Dalwigk, daß nemini ex illicito suo facto actio acquiritur. Doch das paßt hier nicht, da der Veräußerer seinen Anspruch auf Rückgabe der Fideicommißsache keineswegs auf ein factum illicitum (d. h. die Veräußerung) stützen würde, sondern auf sein Eigenthum

---

[88]) II F. 26 § 20; vgl. II F. 42, nach welcher letzteren Stelle allerdings dies insofern unter den Feudisten streitig war, als auch die Ansicht sich geltend machte, dem Erwerber des Lehns stehe die Wahl zu, wem er dasselbe restituiren wolle, dem veräußerenden Lehnsmann oder dem Herrn.

[89]) II F. 26 § 20. [90]) L. c. IV c. 1 n. 16.

[91]) L. c. XIII n. 27 sq.

[92]) De successione ab int. VII c. 4 § 19.

[93]) L. c. p. 67 sq. [94]) L. c. p. 151 sq.

[95]) Erbrecht III S. 75.

an jener, welches wegen Nichtigkeit der Veräußerung von ihm nicht aufgegeben ist. Ebenso ist es unrichtig, wenn Hellfeld sagt, der Veräußerer habe durch die Alienation auf sein Recht verzichtet, denn da die Veräußerung nichtig, ist auch der Verzicht ungültig.

Pfeiffer[96]) sucht indeß die Ansicht zu begründen, daß der Veräußerende selbst für seine Person an die Veräußerung nicht gebunden sei. Das dem Stammgutsbesitzer zustehende Recht sei ein demselben zu einem bestimmten Zweck anvertrautes. Wolle er diese Bedingung nicht erfüllen, so müsse er das ihm eingeräumte Recht ganz aufgeben. Demgemäß sei eine Alienation von seiner Seite ohne allen Effect. Seinem Widerruf stehe deshalb nicht die exceptio rei venditae et traditae entgegen, weil er dabei gewissermaßen mandatario nomine (nämlich Namens des Stifters) handele, wenn er auch den Erwerber völlig schadlos halten müsse. Pfeiffer meint sogar, daß der Veräußerer zu jener Revocation nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sei, und zur Erfüllung dieser Pflicht durch den Staat angehalten werden könne. Ja der Staat dürfe den Veräußerer sogar, wenn derselbe der gedachten Aufforderung Folge zu leisten, sich beharrlich weigere, seiner Rechte am Stammgut für verlustig erklären, und diese auf den Nächstberechtigten übergehen lassen. Diese Meinung ist jedoch unhaltbar; denn von einem fortgesetzten Recht des Stifters kann nicht die Rede sein. Das ist eine bloße Fiction. Ist daher der Fideicommißbesitzer zum Widerruf der Veräußerung berechtigt, so muß er dies kraft eigenen Rechts sein, nicht aber als Repräsentant des Stifters. Lebt aber ein solches Recht des Stifters nicht fort, so darf es auch nicht durch den Staat oder sonst eine bestimmte Person vertreten werden.

Dagegen steht das Vindicationsrecht jedem anderen Fideicommißinteressenten, jedem Successor zu[97]). Doch ist diese Befugniß einer wesentlichen Beschränkung unterworfen. Kein Fideicommißinteressent ist nämlich eher zur Anstellung der Klage berechtigt, als er zur Succession gelangt[98]). Das ist auch durch L. 67 § 5 in fin. De legat. II (31)[99]) anerkannt. Allerdings ist die Veräußerung nichtig. Allein dieser Umstand berechtigt den, zu dessen Gunsten dieselbe verboten war, noch nicht, die rei vindicatio gegen den Erwerber oder sonstigen Besitzer der Sache anzustellen. Denn sonst könnte dies mit demselben Recht irgend ein Dritter thun. Vielmehr ist es dazu erforder-

96) Vermischte Aufsätze S. 37—39.

97) Stryck l. c. VII c. 4 § 16. Dafür läßt sich auch L. ult. § 3 in fin. C. Comm. de legat. (6, 43) anführen.

98) Molina l. c. I c. 1 n. 33. Knipschildt l. c. VI n. 460. XIII n. 72. Westphal, teutsches Privatrecht II Abh. 57 § 16 S. 237. Seuffert, Archiv X Nr. 276.

99) — petituris deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum post mortem videlicet eius, qui primo electus est. S. o. S. 11. Nur als eine Anwendung dieses Princips erscheint alsdann der Satz, daß wenn die Fidei-

lich, daß der Fideicommißinteressent selbst Eigenthum hat, welches das Fundament der Vindication ist, ohne die es ihm an der Activlegitimation fehlen würde. Dieses Eigenthum aber erwirbt er erst mit dem Tode des Vorbesitzers. Auf das hier erhaltene Resultat führt auch die Analogie des Lehns [100]). Doch sind einige Juristen anderer Ansicht, so Fusarius [101]), Knipschildt [102]), Lauterbach [103]), Cramer [104]), Kreittmayr [105]), Hellfeld [106]). Sie nehmen an, daß durch die Veräußerung nicht nur Eigenthum auf den Erwerber nicht übergehe, vielmehr auch der bisherige Besitzer ipso iure das Eigenthum verliere, und dieses sofort auf den zunächst zur Succession Berechtigten devolvirt werde [107]). Die Veräußerung des Fideicommißbesitzers hat somit nach ihnen die Bedeutung eines Verzichts auf das Fideicommißeigenthum, welches demgemäß dem zunächst Berechtigten zufällt. Allein ein Verzicht kann deshalb hier nicht vorliegen, weil das Aufgeben des Rechts von Seiten des bisherigen Inhabers in der Absicht geschieht, dasselbe auf eine bestimmte andere Person zu übertragen. Nun sagt zwar Cramer, das Veräußerungsgeschäft sei nichtig, und könne demgemäß Eigenthum auf den Erwerber nicht übertragen. Das ist vollkommen richtig; dann ist es aber doch inconsequent, wenn Cramer fortfährt, dasselbe sei aber wohl in so fern von Wirksamkeit, als es für den Veräußerer den Verlust des Eigenthums zur Folge habe. Man kann diese Ansicht auch dadurch nicht stützen, daß man mit

---

commißgüter wegen Schulden des jeweiligen Besitzers veräußert werden, der Erwerber der Güter dieselben so lange behält, als der erstere sie hätte behalten sollen: L. 69 § 1 De legat II: Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emptor retinere potest, quamdiu debitor haberet bonis non venditis post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur. Man darf sich für die entgegengesetzte Ansicht auch nicht auf L. 69 § 3 eod. berufen, in welcher die Worte: si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit, doch wohl schwerlich sofortiges Klagerecht der Interessenten bezeichnen sollen.

[100]) II F. 26 § 14 u. § 18.

[101]) L. c. qu. 718 n. 1 sqq. [102]) L. c. XVI n. 100.

[103]) Collegium pandect. II l. 36 t. 1 § 24.

[104]) Observationes iur. univ. t. III obs. 982.

[105]) A. a. O. III C. 10 § 23 N. 5.

[106]) L. c. p. 79—81. — Auch Puchta (Vorlesungen § 527) spricht für die römischen Familienfideicommisse bei willkürlichen Veräußerungen des Besitzers dem zunächst Berechtigten ein sofortiges Vindicationsrecht zu, und nur bei den in Folge eines Concurses stattfindenden erst nach dem Tode des Inhabers.

[107]) Doch geht des Verlust des Fideicommisses nach Knipschildt (l. c. XVI n. 101—110), Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 23 N. 5) und anderen nur so weit, als die Veräußerung gegangen, so daß die Veräußerung eines Theils für den veräußerenden Besitzer nicht auch den Verlust des Restes zur Folge hat. Hier-

Böhmer[108]) auf das altgermanische Recht, welches eine Veräußerung von Erbgütern nicht gestattet habe, recurrirt. Es ist allerdings richtig, daß in Folge des Beispruchsrechts der Erben nicht nur die ohne deren Consens vorgenommene Veräußerung eines Grundstücks nichtig war, sondern auch dieses sofort durch den nächstberechtigten Erben von dem Empfänger vindicirt werden durfte. Allein bei der Anwendung dieses Satzes auf die Familienfideicommisse geht man von der irrigen Voraussetzung aus, daß das alte Beispruchsrecht der Erben ganz und gar im Familienfideicommiß nur in einer veränderten Form fortdauere. Hellfeld begründet die in Rede stehende Ansicht durch die Annahme, daß der Fideicommißbesitzer unter der Bedingung, ne bona extra familiam alienet, zur Succession berufen sei. Sowie derselbe hiergegen handele, verliere er sein Recht und dies gehe auf den nächsten Successor über. Hieran ist nur so viel richtig, daß, wie wir gleich sehen werden, das Veräußerungsverbot als Resolutivbedingung gefaßt sein kann, an sich hat dasselbe jedoch keineswegs diesen Charakter. Daß diese Ansicht sich nicht durch L. 69 § 1 und § 3 De legat. II, worauf sich Hellfeld stützt, rechtfertigen läßt, ist schon oben[109]) gezeigt worden. Richter, der die entgegengesetzte Meinung als die herrschende der Juristen hinstellt[110]), ist für familiae illustres und nobiles, also wenigstens bei Familienfideicommissen des (niederen, da beim hohen Adel von Familienfideicommissen nicht die Rede sein kann) Adels der Ansicht, die nach ihm auch die Praxis des Reichskammergerichts für sich hatte, daß der Besitzer durch rechtswidrige Veräußerung des Fideicommißguts sein Recht an diesem nicht verliere, und dieses also nicht auf den nächsten Agnaten übergehe. Nichts desto weniger meint er doch, daß die Anfechtungsklage sofort nach geschehener Veräußerung angestellt werden könne, und dafür nicht der Tod des Veräußerers abgewartet werden brauche[112]). Diese Revocationsklage aber ist nach ihm nicht die rei vindicatio, vielmehr besteht ihre Wirkung lediglich darin, daß die alienatio für ab initio nulla und pro non facta erklärt wird. Hiermit steht es wieder in Verbindung, daß die Befugniß, die Veräußerung zu revociren, nicht auf den nächsten Agnaten beschränkt, sondern der ganzen Familie zugeschrieben wird, aus der sie jeder auch entferntere Agnat allein oder in Verbindung mit anderen anstellen kann.

Auch unter der Modification, welche Molina[113]) und Knipschildt

---

mit stimmt es allerdings nicht überein, daß Knipschildt (n. 114) und Kreittmayr (a. a. O.) den Fideicommißbesitzer durch die Veräußerung auch das Anrecht auf einen in Folge des Todes eines Mitbesitzers des Fideicommisses ihnen erst zufallenden Theil verloren lassen.

[108]) L. c. II p. 443. [109]) Note 99.

[110]) L. c. p. 70 sq. [111]) L. c. p. 72. p. 135.

[112]) Vgl. p. 151 sq. p. 154.

[113]) L. c. I c. 16 n. 32 sq. IV c. 1 n. 4—11. n. 22.

an anderen Stellen [114]) als der oben angeführten, als Erforderniß für sofortiges Anfechtungsrecht des nächsten Agnaten und Successionsberechtigten hinstellen, ist die bisher betrachtete Ansicht nicht zu halten, daß dieselbe in dem Fall allein Platz greife, wenn sich in der Stiftungsurkunde noch ein ausdrückliches Veräußerungsverbot finde. Knipschildt denkt diesen Unterschied der Wirkung eines ausdrücklichen und eines stillschweigenden Veräußerungsverbots einfach durch den vulgären Satz: „Doppelt reißt nicht" (duo vincula fortius ligant, quam unum) zu erklären, was natürlich Niemand für einen wirklichen Grund halten wird, müßte man ja sonst in der That glauben, daß ein Veräußerungsverbot um so wirksamer wäre, je öfter es von dem, der es ausgesprochen, wiederholt worden. In der Fideicommißstiftung liegt unbestrittenermaßen ein Veräußerungsverbot. Wird nun die Veräußerung noch ausdrücklich verboten, so ist das lediglich als eine Wiederholung jenes ersten Verbots anzusehen und somit ganz irrelevant [115]).

Ganz anders liegt freilich die Sache, wenn der Stifter das von ihm ausgesprochene Veräußerungsverbot, durch die hinzugefügte Strafe noch wirksamer gemacht hätte, daß im Falle des Zuwiderhandelns Verlust des Fideicommisses zu Gunsten des nächstberechtigten Successors für den Besitzer eintreten solle [116]). Denn dieser Strafandrohung wohnt die Natur einer Resolutivbedingung inne, und das Eigenthum an der Fideicommißsache ist für den jeweiligen Besitzer in zwiefacher Weise beschränkt, nämlich durch Hinzufügung eines Endtermins und einer Resolutivbedingung. Die Folge davon ist, daß beim Eintritt der Bedingung, also bei der Veräußerung von Fideicommißgütern der Besitzer das Eigenthum verliert, und dieses auf den nächstberechtigten Agnaten in gleicher Weise übergeht, als ob es in der Person des Vorbesitzers durch dessen Tod sein Ende erreicht hätte [117]).

Die hier verworfene Ansicht, wonach die Agnaten sofort nach geschehener Veräußerung zur Revocation berechtigt sind, müssen allerdings die Vertheidiger der Theorie von dem Gesammteigenthum der Familie an den Fideicommißgütern für richtig halten. Nur kann hiernach das Klagerecht nicht dem zu-

---

[114]) L. c. VI n. 332. 376—378. XI n. 11—15. n. 26—29. XIII n. 32 sq.

[115]) Darauf weist auch Salza, Familien-Fideicommisse S. 223 hin.

[116]) Molina l. c. I c. 1 n. 35. Stryck l. c. VII c. 1 § 18.

[117]) Die hier vertretene Ansicht findet sich bereits bei Salza, Familien-Fideicommisse S. 155. S. 157 Note 6. In gleicher Weise beschränkt Richter (l. c. p. 72) auf diesen Fall den bei der Veräußerung des Fideicommisses durch den Besitzer sofort stattfindenden Uebergang jenes auf den Nachfolger. Auch hat Knipschildt selbst im c. XVI n. 382 einen derartigen Fall vor Augen, wie er sich auch lediglich hierfür auf die Analogie der von ihm für seine im Text erwähnte Meinung angezogene L. 56 De C. E. (18, 1) hätte berufen dürfen. Die zweite von ihm citirte Stelle, L. 3 C. De cond. ob caus. dat. (4, 6) gehört gar nicht hierher, da sie als Folge des Veräußerungsverbots nur demjenigen, welcher dasselbe setzte, die condictio caussa data caussa non secuta gewährt.

nächst zur Succession berechtigten Anwarter, sondern allein der ganzen Familie zugesprochen werden[118]).

Außer der rei vindicatio steht natürlich dem Fideicommißsuccessor noch eine persönliche Klage auf Restitution der veräußerten Sache gegen den Veräußerer selbst[119]), oder, und zwar gewöhnlicher, da der Fideicommißsuccessor von seinem Anfechtungsrecht regelmäßig erst nach dem Tode jenes wird Gebrauch machen können, gegen dessen Erben zu. Allein die Klage auf Restitution wird selten den beabsichtigten Erfolg haben, indem der Erwerber der Fideicommißsache der Klage des Erben auf Herausgabe derselben den gleichen Einwand entgegensetzen kann, wie der Klage des Veräußerer selbst, sie wird daher sehr häufig auf eine Interessen-Forderung gegen den Veräußerer und dessen Erben hinauslaufen. Auf der anderen Seite führt dieselbe zu Verwickelungen. Trotz der Leistung des Interesse nämlich dürfte doch die Fideicommißsache selbst von jedem Successor vindicirt werden. In diesem Falle aber könnte das zum Ersatz des Interesse Gegebene, durch den, welcher es gezahlt, oder durch seine Erben, von dem, welchem dasselbe geleistet resp. dessen Erben, oder wenn die gegebene Summe als Fideicommiß behandelt worden wäre, von dem Besitzer desselben condicirt werden[120]), für welche Rückgabe sogar bei der Leistung Caution von dem Empfänger dem Zahlenden zu stellen wäre[121]). Daher wird diese Klage wohl schwerlich anders angestellt werden, als wenn die rei vindicatio aus irgend einem Grunde nicht zulässig ist.

Von den Particularrechten gehen auf die Natur der Revocationsklage ein das Bayerische Landrecht, das Preußische Landrecht, das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse, das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch. Von diesen gewährt das Bayerische Landrecht[122]) und Edict[123]) und das Sächsische Gesetzbuch[124]) dem Successor das Recht, die veräußerte Fideicommißsache zu vindiciren.

---

[118]) Duncker, Gesammteigenthum S. 137 f.

[119]) Fusarius l. c. qu. 558 n. 1. Knipschildt l. c. XIII n. 30. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 25 N. 1. Knipschildt will freilich diese Klage nur bei den Familienfideicommissen zulassen, welche auf testamentarischer Anordnung beruhen.

[120]) L. 13 pr. L. 17 § 5 Commodati (13, 6).

[121]) L. 13 pr. cit.

[122]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 25 N. 3 u. 4.

[123]) Edict § 52 (s. o. Note 84).

[124]) B. G. B. § 2534: „Wenn der Inhaber einen Gegenstand der Anwartschaft an einen Dritten oder an ein Familienglied, welches nicht der nächste Anwärter ist, veräußert, so sind die übrigen zur Anwartschaft berechtigten Familienglieder, falls sie nicht Erben des Veräußerers geworden sind, von der Zeit an, wo sie in die Anwartschaft eintreten, zur Rückforderung des Gegenstandes von jedem Besitzer berechtigt, vorausgesetzt, daß, wenn ein im Grund- und Hypotheken-

Nach dem Preußischen Landrecht kann derselbe die Veräußerung anfechten und Versetzung der Sache in den vorigen Stand beantragen, es gewährt dasselbe also die Rechtshülfe in der Form einer in integram restitutio[125]). Das Hessische Gesetz endlich giebt den Interessenten eine Klage auf Rescindirung der Veräußerung[126]). Wo es an einer solchen Vorschrift fehlt, da muß man consequenter Weise dem Fideicommißsuccessor das Vindicationsrecht zusprechen, denn immer ist die, dem gesetzlich sanctionirten Verbot zuwider erfolgte Veräußerung nichtig, mag diese Folge durch das Gesetz noch ausdrücklich vorgeschrieben sein, oder nicht[127]).

Natürlich kann auch hier die rei vindicatio von dem Nachfolger erst angestellt werden, wenn er wirklich zur Succession gelangt. Und dies hat auch das Sächsische Gesetzbuch noch besonders hervorgehoben. Dasselbe bestimmt das Preußische Landrecht rücksichtlich des dem Successor gewährten Anspruchs auf Restitution und zieht demnach nicht die oben berührte Consequenz aus dem von ihm angenommenen Gesammteigenthum der Familie. Dagegen ist nach Bayerischem Landrecht[128]) und dem Edict über die Familien-Fideicommisse[129]) die Vindication der veräußerten Fideicommißsache unmittelbar nach erfolgter Alienation zuläßig. Für den Codex Maximilianeus ist dies die naturgemäße Folge davon, daß nach demselben der Fideicommißbesitzer zur Strafe das Recht an dem veräußerten Gegenstand sofort verliert[130]), eine Bestimmung, die sich aus der zur Zeit der Entstehung des Codex herrschenden Theorie erklärt. Das Edict entzieht zwar dem Fideicommißbesitzer nicht das

---

buche eingetragener Gegenstand in Frage steht, die Familienanwartschaft im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist".

[125]) § 79 A. L. R. II, 4: „Ist dergleichen Schluß nicht zu Stande gekommen: so kann jedes Familienmitglied, welches nicht eingewilligt hat, sobald es zur Succession gelangt, die Handlung anfechten, und auf Versetzung der Sache in den vorigen Stand antragen". Der erwähnte Schluß ist der Familienschluß, den das Landrecht für die Gültigkeit einer Handlung fordert.

[126]) Großherzoglich Hessisches Gesetz Art. 22: „Jede den Vorschriften der Art. 19 bis 21 entgegengeschehene Veräußerung oder Belastung der Substanz des Fideicommiß-Vermögens kann von den Betheiligten, welche ihre Einwilligung dazu nicht ertheilt haben, angefochten werden".

[127]) Demgemäß folgert Wildner (Fideicommiß-Recht S. 145 f.) für das österreichische Recht richtig die Befugniß der Anwärter, das veräußerte Fideicommißgut zu vindiciren aus § 366 des A. B. G. B., welcher dem Eigenthümer das Recht gewährt, seine Sache von jedem Eigenthümer gerichtlich zu fordern.

[128]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 25: „3tio. Seynd die Substituti nicht schuldig den Tod des Alienatoris zu erwarten, sondern das veräusserte Gut mag von ihnen noch in dessen Lebzeiten, und zwar 4to. ohne Erstattung des dafür ausgelegten Werths wiederrufen werden".

[129]) Edict § 52 (s. o. Note 84).

[130]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 23 N. 1 u. 2 (s. o. Note 83).

Recht an der veräußerten Sache, allein es gewährt das Vindicationsrecht nicht nur dem Successor, sondern auch den sämmtlichen Agnaten und dem etwa bestellten Fideicommißcurator, woraus auch hervorgeht, daß die Klage sofort angestellt werden kann. Die Sache wird alsdann wieder dem Fideicommiß zugeschlagen. Zu erklären ist diese Bestimmung, was aus dem oben Bemerkten sich schon von selbst ergiebt, aus dem nach Bayerischem Recht der Familie zustehenden Obereigenthum an den Fideicommißgütern.

Nach keinem der Particularrechte steht dem veräußerenden Besitzer selbst das Revocationsrecht zu, das Bayerische Landrecht spricht ihm dasselbe ausdrücklich ab [131]). Aber auch nach dem Edict kommen wir zu keinem anderen Resultat, denn wenn dasselbe auch im § 52 selbst den Anwärtern das Anfechtungsrecht zuspricht, welche in die Veräußerung eingewilligt haben, so kann man daraus dennoch nicht dasselbe Recht für den Veräußerer herleiten, da der Veräußerer selbst doch immer anders dasteht als ein bloßer Consentient.

Die Vindication steht nun nach gemeinem Recht bei einer jeden Fideicommißsache, welche nicht veräußert werden darf, dem Successor zu. Es macht keinen Unterschied, ob jene eine unbewegliche oder bewegliche ist. Anders nach den Particularrechten, in denen sich die altdeutschrechtliche Regel: Hand muß Hand wahren, in einem gewissen Umfange erhalten hat. Hier wird in demselben Umfang die Vindication von beweglichen Fideicommißsachen ausgeschlossen. So nach dem Oesterreichischen Gesetzbuch gegen den bonae fidei possessor, der eine bewegliche Fideicommißsache titulo oneroso von dem Fideicommißbesitzer erworben hat. Es greift nämlich hier der § 367 des A. B. G. B. Platz. Denn wenn es hier heißt: „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache — gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Absicht anvertrauet hatte"; so läßt sich der Fideicommißbesitzer unbedingt als Jemand bezeichnen, dem die Sache anvertraut war, zwar nicht vom Kläger, aber vom Stifter, von dem der Kläger sein Recht herleitet, Demgemäß stehen Einreden, welche jenem entgegengesetzt werden konnten, auch gegen diesen zu [132]). Daraus folgt weiter, daß wenn eine bewegliche Fideicommißsache verpfändet ist, der revocirende Successor auch nur gegen Schadloshaltung des Pfandgläubigers jene von diesem herausfordern kann [133]). Auch

[131]) Cod. Max. Bav. civ. III C. § 25: „1mo. Kan derjenige, welcher die Alienation selbst vorgenommen hat, solche zwar vor der Extradition, hernach aber weiter nicht mehr wiederruffen, weil er obverstandenermassen dadurch ipso Facto des Fideicommiss zur Straf verlustig wird, wenn anders die Alienation mala Fide und mit gutem Wissen, daß es ein Fideicommiss-Gut seye, von ihm geschehen ist".

[132]) Wildner, Fideicommiß-Recht S. 145 f.

[133]) A. B. G. B. § 456. Vgl. Wildner a. a. O.

das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse gewährt die von ihm gegen Veräußerungen gegebene Vindication unbedingt nur bei Grundstücken, und verweist darüber, ob dieselbe auch bei beweglichen Sachen zur Anwendung zu bringen, auf die Civilgesetze[134]).

Es ist ferner für die Zulässigkeit der Vindication bedeutungslos, ob einzelne Sachen mit einem Fideicommiß belegt sind oder aber ein ganzes Vermögen, eine ganze Erbschaft oder eine Quote derselben. Ich hebe diesen selbstverständlichen Satz nur deshalb hervor, weil Hellfeld[135]) die Behauptung aufgestellt hat, daß wenn eine hereditas, als solche mit einem Fideicommiß belegt sei, nicht dagegen speciell die einzelnen in jener befindlichen Sachen, letztere bei eingetretener Veräußerung nicht vindicirt werden dürften, sondern daß hier pretium in locum rei succedire und Gegenstand des Fideicommisses werde. Die Ansicht ist ganz verkehrt. Denn wenn auch die ganze Hinterlassenschaft einer Person zu einem Fideicommiß bestimmt ist, so gilt doch nicht das Begriffsganze der Erbschaft als Gegenstand des Fideicommisses, sondern die sämmtlichen einzelnen in jener begriffenen Sachen. Die Berufung auf L. 70 § fin. — L. 72 De legat. II (31), wo gesagt wird, daß bei einem fideicommissum de eo, quod supererit lediglich der Werth der Erbschaft, nicht die einzelnen Sachen als solche in Betracht kamen, so daß die für die veräußerten erworbenen Sachen an die Stelle jener träten, ist hier ganz verkehrt.

Die Beantwortung der Frage, welche Voraussetzungen die Anstellung der Revocationsklage habe, ist nach gemeinem Recht sehr einfach. Es muß eine unerlaubte Veräußerung vorliegen und die Sache muß in den Besitz eines Dritten gekommen sein. Sie wird schwieriger, wenn es sich darum handelt, zu entscheiden, ob die durch den Stifter oder das Particularrecht vorgeschriebene Besitzentziehung wegen unerlaubter Veräußerung des Besitzers gerechtfertigt sei. Die hierzu erforderlichen Requisite sind daher noch genauer zu betrachten.

Zunächst muß die Veräußerung der Fideicommißsache wirklich vollzogen sein. Ein bloßes Versprechen, die Veräußerung vorzunehmen oder eine andere die Alienation vorbereitende Handlung, ja selbst das Kauf- oder sonstige darauf hinzielende Geschäft hat nicht die Wirkung, die angedrohte Strafe eintreten zu lassen, da es alsdann eben an der Voraussetzung der letzteren fehlen würde. Es muß also die Tradition der Sache erfolgt sein. Ist die Veräußerung be-

---

134) Edict § 52. 135) L. c. p. 78.

136) Fusarius l. c. qu. 718 n. 24. Knipschildt l. c. XI n. 36. XVI n. 111. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 5. Vgl. L. 67 pr. De V. S. (50, 16). Auch die Analogie des Lehns (s. G. L. Boehmer, principia iuris feudalis § 272. Eichhorn, Einleitung § 227 N. III. Beseler, System § 112 N. I) spricht dafür. Dieser Begriff der Perfection der Veräußerung ist aber auch, abgesehen von der in Rede stehenden Entziehung des Fideicommisses, für den Be-

dingt geschehen, so kann bis zum Eintritt der Bedingung dem Veräußerer das Fideicommiß noch nicht abgesprochen werden, wohl dagegen bei der Existenz der Bedingung, und dann auch mit der Wirkung, als ob die Entziehung bereits beim Abschluß des Veräußerungsgeschäfts eingetreten wäre[137]). Dagegen hat ein nach eingetretener Vollziehung des Veräußerungsgeschäfts in Folge gegenseitiger Uebereinkunft der Contrahenten erfolgter Rücktritt von dem Geschäft oder besser die Wiederauflösung desselben nicht die Wirkung, die Entziehung des Geschäfts zu verhindern, da diese eben mit der Veräußerung selbst eintrat, und in diesem Augenblick der nächste Successionsberechtigte sofort ein unwiderrufliches Recht an dem Fideicommiß erworben hatte[138]). Diese Grundsätze hat auch das Bayerische Landrecht aufgestellt. Es bestimmt nämlich im Th. III C. 10 § 23: „Jedoch hat 3tio. die Caducität eheunter nicht, als nach beschehener Ausantwortung des veräußerten Fideicommiss Statt. 4to. Wird auch sothane Caducität's-Straf durch die nachfolgende Reu und Zurücknahm des alienirten Guts nicht remittirt".

Ferner setzt die in Folge besonderer Anordnung eintretende Entziehung des Fideicommisses voraus, daß die Veräußerung dolos von Seiten des Besitzers geschehen, d. h. daß demselben die Fideicommißqualität des Guts bekannt war. Denn immer ist die angedrohte Entziehung des Fideicommisses als eine Strafe für ein (in der Veräußerung eben liegendes) Vergehen aufzufassen. Ein solches Vergehen setzt aber dolus voraus. Dafür spricht auch der Umstand, daß das Lehnrecht den Verlust des Lehns für den veräußerenden Vasallen nicht eintreten läßt, wenn derselbe bona fide handelte[139]). War der Veräußerer in bona fide, so steht ihm, wie das bereits bemerkt wurde, selbst das Revocationsrecht gegen den Erwerber der Sache zu. Natürlich hat die

---

sitzer in so fern stets von Wichtigkeit, als so lange die Tradition noch nicht erfolgt ist, die Revocation der Veräußerung die Wirkung haben würde, demselben das Fideicommißgut zu erhalten. Denn eine Klage des Käufers z. B. aus dem Kaufgeschäft auf Uebertragung jenes Guts würde diesen Erfolg niemals haben, da das Kaufgeschäft einen Gegenstand betraf, über welchen dem Veräußerer Dispositionsbefugniß nicht zustand, vielmehr könnte dieselbe immer nur eine Forderung des Interesses zum Gegenstand haben, wenn der Verkäufer in mala fide, und dem Käufer die Qualität des Guts unbekannt war: L. 30 § 1 De A. E. V. (19, 1). Demgemäß giebt denn auch das Bayerische Landrecht III C. 10 § 25 N. 1 (s. o. Note 131) dem Fideicommißbesitzer das Recht, die von ihm selbst vorgenommene Veräußerung eines Guts zu widerrufen, so lange die Tradition desselben noch nicht erfolgt ist.

[137]) Lauterbach l. c. II l. 36 t. 1 § 24. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 5.

[138]) Petra l. c. qu. 8 n. 62. Fusarius l. c. qu. 554 n. 10. qu. 718 n. 12. Knipschildt l. c. XIII n. 34. XVI n. 113. Kreittmayr a. a. O.

[139]) II F. 26 § 20.

mala fides nach dem allgemeinen Grundsatz: quisquis praesumitur bonus, der revocirende Successor zu erweisen[140]). Das Erforderniß der mala fides hat auch das Bayerische Landrecht[141]) aufgestellt.

Für die Geltendmachung der Revocation Seitens der Agnaten wurde verlangt, daß denselben auch wirklich die Succession gebühre. Daraus ergiebt sich die Reihenfolge, in welcher die Agnaten das Revocationsrecht ausüben können, sowie auch[142]), daß ein entfernterer Agnat so lange nicht das gedachte Recht geltend machen darf, als nähere Agnaten vorhanden sind[143]). Natürlich kommt es lediglich darauf an, ob der Anfechtende zur Zeit der Revocation nächstberechtigter Agnat ist, wogegen der Umstand gar nicht in Betracht kommt, ob derselbe auch bereits zur Zeit der Alienation der nächstberechtigte war. Welche Wirkung hat aber ein Verzicht der näher berechtigten Agnaten auf das Klagrecht der entfernten? Die älteren Juristen lassen durch einen solchen das letztere existent werden[144]). Indeß muß man hierbei unterscheiden. Das Klagrecht der entfernteren Agnaten lebt auf, wenn gerade zu seinen Gunsten der nähere den Verzicht abgegeben hat. Ist das nicht geschehen, so gilt der Verzicht als im Interesse des Veräußerers ausgestellt. Und dasselbe ist zu sagen, wenn der Successor einfach die Revocation unterlassen hat, was eben als stillschweigender Verzicht anzusehen ist. In beiden Fällen wird der Effect einer Ratihabition der Veräußerung, also dieselbe Wirkung, wie durch den Consens, hervorgebracht[145]). Es ist daher die Meinung Molina's[146]) durchaus unhaltbar, welcher behauptet, dem nächstberechtigten Successor könne für die Geltendmachung seines Revocationsrechts eine Präclusivfrist gesetzt werden, nach deren Ablauf das Klagrecht auf die Successoren, welche nach diesem die nächsten wären, überginge. Die für diese Ansicht von Molina angeführten Stellen: L. 69 § 3. L. 77 § 27 De legat. II (31). L. 3 § 1 De decurionibus (50, 2) und L. ult. C. Qui admitti ad bon. poss. (6, 9) gewähren auch nicht den geringsten Anhalt dafür; wie denn auch ein solcher Grundsatz

---

140) Knipschildt l. c. XIII n. 93. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 23 N. 5.

141) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 23 N. 2. § 25 N. 1.

142) Dafür läßt sich auch L. 69 § 3 De legat. II (31) anführen.

143) So bestimmt der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 25: — „Wol hingegen steht der Wiederruf 2do. jedem anderen Substituto, er seye gleich des Alienantens Erb oder nicht, allerdings zu, jedoch auch andergestalt nicht, als mit Beobachtung der Ordnung, wie sie nach einander succediren, so daß der nähere Fideicommiss-Successor dem weiteren in Concursu vorgezogen wird".

144) Molina l. c. IV c. 1 n. 12. Fusarius l. c. qu. 318 n. 107 sq. qu. 739 n. 7. Knipschildt l. c. XIII n. 21. n. 25 sq. XIV n. 4 sqq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 25 N. 1. Hellfeld l. c. p. 78.

145) Knipschildt l. c. XVI n. 99.

146) L. c. IV c. 1 n. 13.

dem Lehnrecht in Betreff der actio feudi revocatoria nach der richtigen Ansicht vollständig fremd ist[147]). Gegen Molina haben sich auch Knipschildt[148]), Stryck[149]) und Kreittmayr[150]) ausgesprochen.

Der Agnat, welcher seinen Consens zur Veräußerung gegeben, wird dem Veräußerer selbst ganz gleichgestellt, da der Consentirende in derselben Weise das ihm zustehende Recht zu Gunsten des Erwerbers aufgiebt, als der Veräußerer das seinige, wenn das Geschäft zu Recht bestünde, auf diesen übertragen würde. So wenig nun der letztere wegen der Nichtigkeit des Geschäfts zur Vindication der veräußernden Sache berechtigt ist, so wenig der Consentirende, mit Ausnahme natürlich des Falls eines error facti, zum Widerruf des Consenses. Das ist schon in L. 120 § 1. De legat. I (30) und in L. 11 C. De fideic. (6, 42) anerkannt, wie denn diese Ansicht bereits von den älteren Juristen vertreten wird[151]). Dagegen ist es eine ganz positive Bestimmung des Bayerischen Edicts über die Familienfideicommisse, daß selbst den Agnaten, welche ihre Zustimmung zu der Veräußerung gegeben, das Revocationsrecht unverkürzt bleibt[152]).

Es fragt sich nun weiter, ob rücksichtlich des Revocationsrechts die Descendenten des veräußerenden Fideicommißbesitzers anders als die Agnaten gestellt sind, oder ob für beide dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen; und da muß unbedingt das Letztere behauptet werden. Denn beide Arten von Fideicommißinteressenten leiten ihr Recht auf das Fideicommiß vom Stifter ab. Ob sie zugleich von Jemandem abstammen, der gleichfalls früher im Besitz des Fideicommisses war, ist hierbei irrelevant; sie erhalten dadurch kein größeres Recht auf das Fideicommiß. Aber eben deshalb darf dieser Umstand auch ihrem Recht nicht präjudiciren[153]). Es ließe sich überhaupt kein Grund denken, der eine verschiedene rechtliche Stellung der Kinder und der Agnaten des Vorbesitzers rücksichtlich der Verpflichtung, die von letzterem mit dem Fideicommiß vorgenommenen Handlungen anzuerkennen, rechtfertigen würde, da aus der Sohnesqualität als solcher, keine Verpflichtung hervorgeht, für die Schulden des Vaters aufzukommen, oder Rechtsgeschäfte desselben anzuerkennen und für sich gelten zu lassen. Das longobardische Lehnrecht stellt freilich den Sohn anders, als den Agnaten des verstorbenen Vasallen. Ersterer hat die Rechtshandlungen dieses über ein Lehn, namentlich auch Veräußerungen, anzuerkennen,

---

147) Hartm. Pistoris, quaestitiones II qu. 8 n. 71.

148) L. c.

149) De successione ab int. VII c. 4 § 18.

150) A. a. O. III C. 10 § 25 N. 1.

151) Molina l. c. IV c. 1 n. 16: vgl. I c. 20 n. 18. Knipschildt l. c. XIII n. 27. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 25 N. 1.

152) Edict § 52.

153) Knipschildt l. c. XIII n. 34.

für den Agnaten existirt eine solche Verbindlichkeit nicht[154]). Allein der Grund liegt auch hier nicht in der Sohnesqualität, sondern darin, daß nach positiver und singulärer Vorschrift des longobardischen Lehnrechts der Sohn als Universalsuccessor des Vorgängers gilt, daß er den Lehnnachlaß nicht erwerben kann, ohne zugleich die Allodialerbschaft anzutreten[155]). Diese Vorschrift des Lehnrechts läßt sich nun nicht auf die Familienfideicommisse anwenden, vielmehr gelten für dieses die entsprechenden Grundsätze des Civilrechts. Hiernach aber stehen Söhne und Descendenten überhaupt in Betreff des nothwendigen resp. freiwilligen Erwerbes einer Erbschaft den Seitenverwandten ganz gleich. Denn wenn auch nach römischem Recht den sui heredes die Erbschaft ipso iure zufällt, während andere dieselbe erst antreten müssen, so geht daraus nach neuerem Recht noch keine Pflicht für die ersteren, und somit auch nicht für die Descendenten hervor, die Erbschaft zu behalten, vielmehr ist gerade für die sui das beneficium abstinendi eingeführt. So wenig aber in der Qualität der Descendenten als solcher eine Nöthigung, die Erbschaft ihres Vaters anzutreten, liegt, so wenig wird dies durch den Erwerb des Fideicommisses bedingt. Das wäre nur dann richtig, wenn das Fideicommiß selbst ein Bestandtheil der väterlichen Erbschaft wäre. Dies ist aber keineswegs der Fall, weil das Fideicommiß nicht iure hereditario von einem Fideicommißbesitzer auf den anderen übergeht, sondern titulo singulari. Da nun der in das Fideicommiß succedirende Descendent nicht verpflichtet ist, die Allodialerbschaft seines Vaters anzutreten so fällt jeder Grund für eine verschiedenartige Behandlung der Descendenten und der Agnaten in Betreff der Pflicht, die facta des Vorbesitzers zu prästiren, fort, und der Sohn kann in gleicher Weise, wie jeder Agnat, die vom Vorbesitzer des Fideicommisses vorgenommene Veräußerung desselben anfechten. Hierbei setzen wir freilich voraus, der Sohn sei nicht Erbe seines Vaters geworden.

Mehrere Juristen stellen zwar den Satz auf, daß die zur Succession in das Fideicommiß Berechtigten auch dann eine Veräußerung anfechten dürften, wenn sie die Allodialerbschaft des veräußerenden Vorbesitzers oder des consentirenden Agnaten angetreten[156]); und im Bayerischen Landrecht hat diese Ansicht gesetzliche Anerkennung gefunden[157]). Man beruft sich dafür auf die Bestimmungen des alten deutschen Rechts über das Beispruchsrecht der Erben, wonach diese die vom Erblasser vorgenommene Veräußerung eines Grund-

[154]) II F. 26 § 14. § 18. II F. 31. 39 pr. 83 (cap. extraord.).

[155]) II F. 45.

[156]) Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 3. Hellfeld l. c. p. 68 sq. Richter l. c. p. 151 sq. Gutachten bei Westphal a. a. O. Th. II S. 273. Pfeiffer a. a. O. S. 21—25. Beseler a. a. O. § 176 N. VIIIb. Gerber a. a. O. § 84 Note 12. Walter a. a. O. § 471 N. III.

[157]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 24 N. 1 (s. u. Note 225).

stücks, wozu sie nicht ihren Consens gegeben, niemals anzuerkennen brauchten[158]); oder man folgert jenen Satz aus dem Wesen der successio ex pacto et providentia maiorum. So Kreittmayr, welcher bemerkt: „Auch den Substituten präjudicirt ein solcher Consens nicht, welche zugleich consentium heredes allodiales sind, und kann dasselbe auch von diesen reclamirt werden, weil sie es nicht erbesweise ab consentiente, sondern iure proprio et titulo singulari a primo institutore haben". In gleicher Weise bemerkt Pfeiffer, der Grundsatz des römischen Rechts, daß der Erbe facta defuncti zu prästiren habe, sei deshalb auf den Erben des veräußerenden Stammgutsbesitzers nicht anwendbar, weil es sich hier um das Recht des Stifters handele, zu fordern, daß seine Bestimmung unverletzt bleibe. Daß dieses Recht nach dem Tode desselben fortdauere, dafür habe der Staat, welcher letztwilligen Verfügungen auch nach dem Tode fortdauernde Kraft verliehen habe, zu sorgen. Dieses Recht sei es, von dem jeder Descendent das seinige ableite, was bei der Vindication der Erbe ausübe. Dieses Recht stehe auch dann dem stammberechtigten Descendenten zu, wenn er Allodialerbe des Veräußerers geworden, aus welcher Eigenschaft für ihn nur die Verbindlichkeit entstehen könne, den Erwerber des Guts schadlos zu halten. Auch Walter sagt, daß dem vindicirenden Sohne des Veräußerers die exceptio rei venditae et traditae deshalb nicht entgegengesetzt werden könne, weil er sein Recht am Fideicommiß nicht vom Vater, sondern unmittelbar aus dem Gesetz der Stiftung habe, also des Vaters in Bezug auf das Gut vorgenommene Handlungen nicht zu vertreten brauche. Nur für Eviction habe er zu haften, wenn er zugleich Allodialerbe des Verstorbenen sei. Außerdem macht man auch noch geltend, daß „die Regel, quod heres praestet factum defuncti in factis illicitis et iure prohibitis, wie die Fideicommißveräußerung" sei, nicht statt habe[159]), sowie daß aus der eben angegebenen Regel für den Erblasser nicht die Befugniß hergeleitet werden könne, über das den Erben zustehende selbständige Erbrecht zu verfügen[160]).

Der erste Grund erledigt sich einfach dadurch, daß heutzutage für die Erbenqualität und die Pflicht des Erben, facta defuncti zu prästiren, nicht die deutschrechtlichen, sondern römischrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen. Wollte man sagen, daß für das Familienfideicommiß auch in dieser Beziehung die deutschrechtlichen Principien conservirt wären, so müßte man das doch durchaus auf das Fideicommißverhältniß, also im vorliegenden Fall auf denjenigen beschränken, der lediglich Fideicommißsuccessor wäre, dürfte aber nicht Pflichten, die einem solchen aus einem anderen Verhältniß nämlich seiner Erbenqualität oblägen, nach eben denselben beurtheilen.

---

158) Das bei Westphal angeführte Gutachten.

159) Kreittmayr a. a. O.

160) Beseler a. a. O.

Was den zweiten Grund betrifft, so ist es richtig, daß der Fideicommißsuccessor das Fideicommiß nicht „erbesweise“ von dem Veräußerenden oder in die Veräußerung Einwilligenden erhält, aber dieser Umstand kommt hier gar nicht in Betracht, denn die Verpflichtung zur Anerkennung der Alienation ist eben nicht eine Folge des Erwerbes des Fideicommisses, sondern der Allodialerbschaft. Hierdurch erwächst dem Erben vermöge des Uebergangs der Persönlichkeit des Erblassers auf ihn die Pflicht, auch Handlungen, welche dieser in Beziehung auf ihm gehörige Sachen und ihm gebührende Rechte vorgenommen hat, gelten zu lassen. Man sagt ganz richtig, es handele sich hier um das Recht des Stifters, zu fordern, daß seine Bestimmungen unverletzt blieben, daß dieses Recht der Staat, wenn er Familienfideicommisse anerkenne, fortwährend zu schützen habe. Allein dieses Recht des Stifters wird gar nicht verletzt. Derselbe kann doch nur fordern, daß die zum Fideicommiß gewidmeten Güter für immer seiner Familie erhalten blieben, aber er kann doch nicht jedes Mitglied zwingen, sobald die Reihe dasselbe trifft, das Familiengut zu erwerben und bis an seinen Tod im eigenen Besitz zu behalten. Das einzelne Familienglied kann vielmehr auf das ihm zustehende Recht unbedingt gültig verzichten. Wie nun aber der Agnat, welcher bei der Veräußerung des Fideicommisses in gültiger Weise consentirt hat, nach der allgemeinen Annahme damit einen bindenden Verzicht auf die ihm sonst zustehende Revocationsklage ausstellt, so ist ganz dasselbe von demjenigen zu sagen, welcher die Erbschaft des Veräußerers oder Consentirenden antritt. Dieser Erbschaftsantritt ist gleichsam ein stillschweigender Verzicht auf die Anfechtung der Veräußerung, gleichsam eine stillschweigende Einwilligung in dieselbe. Denn indem der die Erbschaft antretende Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in sich aufnimmt, sich mit der Person desselben identificirt, so macht er auch alle von diesem vorgenommenen Rechtshandlungen, alle von diesem in vermögensrechtlicher Beziehung abgegebenen Erklärungen zu den seinigen; somit kann er auch ein durch denselben vorgenommenes Geschäft nicht anfechten. Pfeiffer und Walter machen sich hierbei noch der Inconsequenz schuldig, den Erben, während sie ihn nicht verpflichten, die Veräußerung anzuerkennen, doch für Eviction haften zu lassen. Wenn nämlich der Erbe, weil er in das Fideicommiß ex pacto et providentia maiorum succedirt, trotz seiner Erbenqualität die von dem Erblasser in Betreff desselben vorgenommenen Handlungen nicht anzuerkennen und zu vertreten hat, so ist nicht abzusehen aus welchem Grunde er zur Evictionsleistung verpflichtet ist. Die Pflicht für Eviction zu haften, ist doch erst eine Folge der Verbindlichkeit des Veräußerers, dem Erwerber der Sache das habere licere zu präftiren. Die erste Pflicht desselben ist, dafür einzustehen, daß der Erwerber die Sache wirklich behalte, und erst in subsidium, wenn dies nicht möglich, tritt die andere ein, dem Erwerber das Interesse zu ersetzen. Wo die erstere nicht vorhanden ist, kann von der letzteren nicht die Rede sein. Hierfür spricht auch der Um-

stand, daß nach L. 17 De evict. (21, 2) dem Erwerber einer Sache, welche vom Veräußerer selbst vindicirt wird, die Wahl zusteht zwischen der exceptio doli, welche er der rei vindicatio entgegensetzen kann, und der Klage auf das Interesse. Denn dasselbe, was hier vom Veräußerer selbst gesagt wird, muß von den Erben gelten, dessen Sachen jener unbefugter Weise alienirt, da dieser nach L. 1 § 1 De exc. rei vend. (21, 3) dem Veräußerer selbst, der eine ihm nicht gehörende Sache veräußert und dieselbe, nachdem er sie nachträglich erworben, vindiciren will (L. 1 cit. pr.) ganz gleich gestellt wird. So wenig nun hier der Erwerber der Sache, die der Erbe doch eben so wenig vom Erblasser erworben hat, als das ihm zustehende Recht auf ein Familienfideicommiß auf die Interessenklage wegen Eviction verwiesen wird, so wenig darf man ihn auf dieselbe bei einem veräußerten Fideicommißgut den Erben des Veräußerers oder der consentirenden Agnaten (die in dieser Hinsicht ganz gleich zu behandeln sind) gegenüber beschränken. Man darf auch nicht Anstoß nehmen an L. fin. C. De evict. (8, 45): Heredem fideiussoris rerum, pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum eius, cui successit, ex sua persona dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis caussa durante actione. Denn der Bürge hat hier überhaupt nur für das vom Veräußerer im Fall einer Eviction zu leistende Interesse aufzukommen; in diese Pflicht allein kann daher auch der Erbe des Bürgen nur eintreten. Hieraus ergiebt sich, daß der Veräußerer oder Consentirende, um den Erben zu binden, gar nicht nöthig hat, die Aufrechterhaltung der Disposition als Bedingung für die Erbeseinsetzung im Testament hinzustellen. Eine Bedingung, die Pfeiffer[161]) für vollkommen gültig und wirksam hält, das bei Westphal mitgetheilte Gutachten aber nach Hertel[162]) für eine condicio turpis et illicita und demgemäß pro non adiecta, da sie auf eine Uebertretung des Verbots des Stifters abziele.

Rücksichtlich des dritten beigebrachten Grundes ist zu bemerken, daß die Veräußerung des Fideicommißguts nicht ein iure prohibitum ist, sondern voluntate fundatoris, somit nicht als ein Delict aufgefaßt werden darf.

Auch der letzte Grund trifft hier nicht zu. Der Erbe soll nicht verpflichtet sein, die Handlungen seines Erblassers anzuerkennen, welche sich als Verfügungen über das ihm aus seiner eigenen Person, und nicht durch Vermittelung des gedachten Erblassers zustehende Erbrecht darstellen. Ich gebe das zu. Aber worauf beruht denn dieser Satz? Beseler[163]) selbst, der dies behauptet, hat darüber eine Erörterung angestellt bei der Beantwortung der Frage, ob den Enkeln der Verzicht der Eltern auf die Beerbung der Großeltern schadet, wenn sie nicht demselben selbständig beigetreten sind. Er verneint nämlich diese

[161]) A. a. O. S. 24 f. Note e.

[162]) De alienatione fideicommissorum familiae § 30. § 36.

[163]) Erbverträge II, 2 S. 250 f.

Frage auch für den Fall, daß die Enkel Erben ihrer Eltern geworden sind, und zwar aus dem Grunde, weil die Eltern das Notherbenrecht und überhaupt das Intestaterbrecht ihrer Kinder gegen die Großeltern, als ein noch gar nicht (nämlich bei ihren — der Eltern — Lebzeiten) existirendes Recht nicht aufheben könnten. Er macht weiter[164]) geltend, daß der Grundsatz, der Erbe habe facta defuncti zu prästiren, nur die Handlungen des Erblassers treffe, welche sich direct auf das Vermögen bezögen. Das ist unbedingt für richtig zu halten. Nur Rechtshandlungen, welche dem Gebiet des Sachen- und Obligationenrechts angehören, hat der Erbe anzuerkennen und für sich gelten zu lassen, selbst wenn der Erblasser dadurch in seine eigene Rechtssphäre eingegriffen hat. Der Grund für diese Verpflichtung liegt eben darin, daß die Rechtssphäre des Erblassers mit der des Erben dadurch confundirt wird, daß die Persönlichkeit des ersteren mit der des letzteren sich vereinigt; da diese Persönlichkeit aber nur die vermögensrechtliche ist, so kann auch jene Rechtssphäre nur die vermögensrechtliche sein. So wenig nun aber der Erbe verpflichtet ist, eine Handlung des Erblassers anzuerkennen, wodurch dieser in sein — des Erben — Familienrecht eingreift, so wenig also von einer Einwirkung des ersteren, als Erblasser, auf die Familienverhältnisse des Erben die Rede sein kann, so wenig läßt sich eine Einwirkung desselben auf das seinem Erben nicht von ihm, sondern von einer anderen Person her zustehende Erbrecht denken. Wohl steht dem Erblasser nach dem Princip der Repräsentation des Erblassers durch den Erben auf die einzelnen vermittelst einer bestimmten Erbschaft vom Erben erworbenen Sachen und Rechte eine Einwirkung zu, wobei es keinen Unterschied begründet, ob das Recht, welches durch eine Handlung des Erblassers betroffen wird, dem Erben bereits vor dessen Tode zustand, oder von demselben erst nach diesem durch eine von einem Dritten zugefallene Erbschaft erworben ist. Aber eine Einwirkung auf dieses Erbrecht selbst ist nicht möglich; denn das Erbrecht besteht so lange, als die Grundlagen desselben vorhanden sind, Verwandtschaft beim Intestaterbrecht, letztwillige Verfügung beim testamentarischen. Daß aber auf diese Grundlagen einem anderweitigen Erblasser, als dem, in dessen Person selbst dieselben zutreffen, irgend eine Einwirkung zustehe, wird, wie schon Beseler[165]) darauf hinweist, Niemand behaupten. Hierin liegt es aber zugleich, daß diese ganze Argumentation über die Unstatthaftigkeit einer Einwirkung des Erblassers auf ein seinen Erben rücksichtlich des Vermögens einer dritten Person zustehendes Erbrecht auf die uns hier beschäftigende Frage von gar keinem Einfluß ist. Denn hier handelt es sich nicht um die Entziehung eines dem Fideicommißsuccessor zustehenden Erbrechts, sondern um die Entziehung einzelner demselben allerdings auf Grund seiner Abstammung vom ersten Erwerber des

---

164) A. a. O. S. 48.
165) A. a. O. S. 251 Note 35.

Fideicommisses gebührender Sachen. Und Handlungen, die der Erblasser hierüber vorgenommen, hat der Erbe ebenso anzuerkennen, als wenn es seine eigenen gewesen. Die von Beseler für seine Ansicht angeführten Bestimmungen des Oesterreichischen Gesetzbuchs und des Bayerischen Edicts über die Familien-Fideicommisse passen nicht. Die angezogene Stelle des ersteren ist § 632: „Ein Fideicommiß-Besitzer kann zwar für sich, jedoch keineswegs für die, wenngleich noch nicht vorhandene Nachkommenschaft auf sein Recht Verzicht thun". Die des letzteren § 83: „Ein Mitglied der zur Erbfolge in das Fideicommiß berufenen Familie kann zwar für sich, jedoch keineswegs für seine, wenn gleich noch nicht gebohrne Nachkommenschaft auf das Recht zur Nachfolge Verzicht leisten". Denn hieraus folgt nur, daß Handlungen der Ascendenten, als solcher nicht ihren Descendenten präjudiciren sollen, ob aber dasselbe auch in Betreff der Handlungen eines Erblassers hinsichtlich seines Erben gilt, darüber bestimmt weder die eine noch die andere Stelle etwas.

Die hier vertheidigte Ansicht ist auch vertreten worden von Knipschildt[166]), Leyser[167]), Struben[168]), Eichhorn[169]), und in einem Erkenntniß des O. A. G. zu Oldenburg von 1850 (Seuffert VI N. 231). Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch hat die ganz positive, jedoch augenscheinlich dem älteren Recht des hohen Adels nachgebildete Bestimmung getroffen, daß der Erbe des Consentirenden nur dann an dessen Einwilligung gebunden ist, wenn dieser den Consens zugleich für ihn ertheilt hat[170]).

Da jeder Agnat, sobald er zur Erbfolge berufen wird, die Veräußerung anfechten darf, so kann es natürlich keinen Einfluß auf sein Revocationsrecht ausüben, wenn mit ihm die zum Fideicommiß berechtigte Familie ausstirbt. Allein auf die Frage dürfte noch genauer einzugehen sein, ob, wenn der letzte Berechtigte, welcher keine successionsfähigen Descendenten hinterläßt, stirbt, ohne die Revocationsklage erhoben zu haben, diese Klage auf

---

166) L. c. XI n. 408. Diesen führt Eichhorn (Einleitung § 371 Note d) irriger Weise für die entgegengesetzte Meinung an. Allerdings sagt Knipschildt: Hinc heredem posse retrahere rem a defuncto alienatam, quoties aliunde, quam a defuncto ipsi in ea ius est acquisitum; aber er fügt hinzu: si quidem hoc non facit, ut heres defuncti, sed tanquam proximior de genere et familia. Unter dem heres in dem ersten Theil der Stelle ist doch unzweifelhaft ein Blutsverwandter zu verstehen. Dies geht aus dem zweiten Theil mit Nothwendigkeit hervor, zugleich aber zeigt dieser, daß durch die Erbenqualität des Blutsverwandten gerade sein Revocationsrecht ausgeschlossen wird.

167) Meditationes ad pand. (vol. V u. VI) spec. 403 n. 5.

168) Rechtliche Bedenken Bd. I N. 27 § 2.

169) Einleitung § 371 a. E.

170) B. G. B. § 2537: „Familienglieder, welche ihre Einwilligung zur Veräußerung des Gegenstandes der Anwartschaft oder zur Bestellung von Rechten an demselben gegeben haben, müssen die Veräußerung oder Bestellung von Rechten gegen sich gelten lassen. Die Einwilligung eines Familiengliedes zur Veräußerung

seine Allodialerben, Intestat- wie Testamentserben übergeht. **Fusarius**[171]) und **Knipschildt**[172]) verneinen diese Frage, und zwar deshalb, weil eine Strafe nur von dem geltend gemacht werden könne, zu dessen Gunsten dieselbe Jemandem auferlegt sei, nicht aber von den Erben jenes; denn die Unterlassung der Forderung sei als Verzicht auf die Geltendmachung anzusehen. Ihnen schließt sich im Resultat und in der Begründung **Kreittmayr** an[173]). Allein diese Juristen haben die Klage vor Augen, welche sich zugleich als Privationsklage gegen den Veräußerer darstellt. Da aber das gemeine Recht eine solche Klage, abgesehen von besonderer Anordnung des Stifters nicht kennt, so kann davon auch bei der hier behandelten Frage nicht die Rede sein. Weshalb aber die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer nicht auf die Allodialerben des letzten zur Succession berechtigten Familiengliedes übergehen sollte, läßt sich nicht absehen. Denn in der Hand des letzten Besitzers wird das Fideicommißgut zum Allod, der Anspruch auf jenes zu einem allodialen Vermögensrecht. Die Geltendmachung eines solchen setzt natürlich keine besondere Qualification voraus, und dasselbe geht demgemäß, wie jedes andere Vermögensrecht auf die Erben des letzten Besitzers über, und kann von diesen mit einer Klage verfolgt werden. Zur Unterstützung hierfür läßt sich anführen die gerade speciell auf einen Fall, wie der hier vorliegende, sich beziehende L. 78 § 3 De legat. II (31)[174]). Man kann der hier aufgestellten Ansicht auch nicht entgegensetzen, daß der Erblasser das in Rede stehende Recht gar nicht selbst erworben habe, und somit auch nicht auf seine Erben übertragen könne, denn eines besonderen Erwerbes des fideicommissarischen Rechts durch den Successor bedarf es nicht, vielmehr geht dasselbe ipso iure auf diesen über.

Das Revocationsrecht kann von dem zuletzt zum Fideicommiß berufenen Familienglied auch gültig irgend einem Anderen cedirt werden[175]), vorausgesetzt, daß die Bedingung, unter der allein das Fideicommiß allodiales Eigenthum des zum Besitz desselben Berufenen werden konnte, eingetreten ist, d. h. daß derselbe auch wirklich ohne Successoren geblieben ist; was sich daraus erklärt, daß das Revocationsrecht in diesem Fall zu einem allodialen Recht geworden ist. Dagegen kann man nicht auch dem, welchem der letzte Besitzer die auf ihn gekommenen Fideicommißgüter veräußert hat, eben auf Grund dieses überkommenen Eigenthums, das Recht zusprechen, andere zu demselben Fideicommiß gehörige Güter, die ein früherer Besitzer widerrechtlich veräußert hat, zu vin-

des Gegenstandes der Anwartschaft oder zur Bestellung von Rechten an demselben verpflichtet die Erben des Einwilligenden nur, wenn die Einwilligung zugleich für sie gegeben wird".

[171]) L. c. qu. 740 n. 18 sq.

[172]) L. c. XVI n. 116 sq.

[173]) A. a. O. III C. 10 § 25 N. 1.

[174]) S. o. S. 11 Note 18.

[175]) **Hellfeld** l. c. p. 77 sq. **Richter** l. c. p. 153 sq.

ren[176]), denn hierzu wäre es nothwendig, daß demselben das Recht aus dem Familienfideicommiß überhaupt übertragen worden wäre, was mit der Veräußerung einzelner Güter nicht geschieht.

Der revocirende Agnat ist dem dritten Besitzer gegenüber verpflichtet sein Successionsrecht, sowie die Fideicommißqualität der vindicirten Sache zu beweisen[177]). Dagegen hat er, eben so wenig wie der Erbe bei der hereditatis petitio, den Beweis zu führen[178]), daß kein näher Berechtigter vorhanden ist[179]); vielmehr ist es Sache des Beklagten, wenn er das Entgegengesetzte behauptet, dies zu beweisen, ganz wie auch diesem der Beweis obliegt, wenn er die Behauptung aufstellt, der Kläger könne wegen irgend eines Hindernisses, obwohl er vermöge seiner Abstammung zur Nachfolge berechtigt, doch nicht zur Succession gelangen.

Ist nun aber der Erwerber eines widerrechtlich veräußerten Fideicommißguts den vindicirenden Agnaten gegenüber zur unentgeltlichen Herausgabe des Guts verpflichtet oder nur gegen Ersatz des Interesse, oder wenigstens Wiedererstattung des gezahlten Kaufpreises, sowie der auf das Gut gemachten Verwendungen?

Für die Beantwortung dieser Frage dürfen wir uns, nach dem, was oben über die Anwendbarkeit dieser Stelle gesagt ist, unzweifelhaft stützen auf L. ult. § fin. C. Commun. de legat. (6, 43): Emptor autem, sciens rei gravamen, adversus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplae stipulatione, neque melioratione locum habente, cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoraticia contraria actione adversus debitorem competente, ut ex omni parte omnique studio id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, et ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonae fidei proculdubio emptoribus integra iura et nullo modo ex hac constitutione deminuta contra venditores habentibus. Hiernach ist der revocirende Fideicommißsuccessor auf keinen Fall zur Schadloshaltung oder Rückzahlung des etwa gegebenen Kaufpreises an den Beklagten verpflichtet. Der Grund liegt darin, der Successor vindicirt, sobald er zur Nachfolge gelangt, das veräußerte Gut auf Grund eigenen Rechts, nämlich des ihm zustehenden Eigenthums, und die Verpflichtung des Veräußerers, für Eviction zu haften, geht auf ihn nicht über, da er nicht dessen Universal-

---

176) Darauf macht auch Hellfeld (l. c.) aufmerksam.

177) Ueber diesen Beweis handelt weitläufig Knipschildt im c. XIV n. 1—58.

178) Vgl. Puchta, Vorlesungen § 516.

179) Das ist allerdings Knipschildt's Ansicht: l. c. n. 4. Völlig unhaltbar ist ferner die Behauptung desselben Schriftstellers, daß der Kläger auch zu beweisen habe, dem Beklagten sei die Qualität des Fideicommißguts bekannt gewesen, da,

successor ist. Hiermit stimmen denn die älteren und neueren Schriftsteller überein[180]), wie dasselbe vom Bayerischen Landrecht gilt, welches bestimmt (Thl. III C. 10 § 25 N. 4), daß „das veräusserte Gut" von den Fideicommißsuccessoren (Substituti) „ohne Erstattung des dafür ausgelegten Werths wiederruffen werden" könne. Hierbei kommt es denn auch gar nicht darauf an, ob dem Erwerber die Fideicommißqualität des Guts bekannt gewesen, oder nicht[181]). Er kann seine Ansprüche in jedem Fall nur gegen den Veräußerer und dessen Erben geltend machen. In dieser Beziehung ist es freilich von Bedeutung, ob er die Eigenschaft des Guts gekannt hat. Denn nur wenn dies nicht der Fall ist, kann er einen eigentlichen Evictionsanspruch gegen den Veräußerer erheben, kann er von diesem das volle Interesse ersetzt verlangen, wogegen er im entgegengesetzten Falle nur die Rückgabe des gezahlten Kaufpreises fordern darf[182]); und auch dieser Anspruch kann nicht als ein aus dem Veräußerungsgeschäft hervorgehender betrachtet und demzufolge mit der actio empti geltend gemacht werden[183]), sondern es ist deshalb die condictio sine caussa anzustellen, da es sich hier um die Rückforderung des auf Grund eines ungültigen Geschäfts Gegebenen handelt. War die Veräußerung an einen Agnaten geschehen, so kann dieser den hierbei gezahlten Preis, soweit dieser ein wahrer Kaufpreis ist, und nicht lediglich als Aequivalent für die überlassenen Nutzungen des Fideicommisses erscheint, von den nicht successionsfähigen Erben des Veräußerers nicht nur dann zurückfordern, wenn die Sache von einem näher berechtigten Agnaten vindicirt wird, sondern auch wenn er selbst der Stiftungsurkunde gemäß zur Succession gelangen sollte[184]), und zwar im letzteren Falle mit der condictio indebiti.

Rücksichtlich der auf das Gut gemachten Verwendungen hat jeder Besitzer,

---

wie wir schon oben sahen, die Zulässigkeit der Vindication gar nicht durch jene Kenntniß des Erwerbers der Fideicommißsache bedingt ist.

[180]) **Knipschildt** l. c. XIII n. 71. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 25 N. 2. **Hellfeld** l. c. p. 85 sq. **Richter** l. c. p. 156. **Dalwigk**, Erbrecht III S. 75. **Salza**, Familien-Fideicommisse S. 155. **Walter**, System § 471 N. III. **Cramer** (Nebenstunden Th. XV N. 10 S. 87) welcher angiebt, daß die Hallenser Juristen-Facultät derselben Ansicht sei, bemerkt zugleich, daß das Gegentheil in einem bestimmten Falle (in Sachen Pfalz-Zweybrücken gegen von Hillesheim) angenommen worden.

[181]) Irrig ist es, wenn **Knipschildt** (l. c. VI n. 332. XIII n. 77) den Empfänger des Guts, wenn er bei der Erwerbung desselben sich in bona fide befand, nur gegen Erstattung des gezahlten Preises für verpflichtet hält, dem Fideicommißsuccessor das Gut zurückzugeben.

[182]) So auch **Knipschildt** l. c. XIII n. 77 sq. **Stryck**, de successione ab int. VII c. 4 § 23. **Kreittmayr** a. a. O. **Salza** a. a. O. **Walter** a. a. O.

[183]) Das wird ausdrücklich ausgeschlossen durch L. 27 C. De evict. (8, 45).

[184]) **Knipschildt** l. c. XIII n. 76.

ohne Unterschied, ob er die Fideicommißqualität kannte oder nicht, wie jeder bonae und malae fidei possessor Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae [185]). Und zwar kann dieser Anspruch geltend gemacht werden gegen den vindicirenden Successor, der dafür wieder die Substanz des Fideicommisses belasten kann, da derartige Ausgaben, wie wir noch sehen werden, den Charakter von Fideicommißschulden haben. Bei impensae utiles und voluptariae steht dem Beklagten stets das ius tollendi zu [186]), dagegen kann man auch dem bonae fidei possessor, welchem also die Qualität des Guts unbekannt war, die Befugniß aus dem Fideicommißvermögen Ersatz der impensae utiles zu verlangen, nicht zusprechen, da bei Familienfideicommissen die nützlichen Verwendungen sich nicht zur Contrahirung von Fideicommißschulden qualificiren. Nur in so weit würde der revocirende Successor zum Ersatz derartiger Impensen verpflichtet sein, als ihm selbst persönlich dadurch ein Vortheil erwachsen ist [187]). Dieser letztere Anspruch begründet aber weder eine exceptio doli gegen die Vindication des Fideicommißsuccessors, noch ist derselbe mit der actio empti gegen denselben geltend zu machen. Vielmehr ist die einzig zulässige Klage die condictio sine caussa. Dasselbe gilt von dem Fall, wenn mit dem aus dem Verkauf von Fideicommißgütern gelösten Kaufpreise andere Güter angekauft und diese zum Fideicommiß geschlagen sind, oder der Preis sonst zum Nutzen des Fideicommisses verwendet ist [188]). Nur dadurch unterscheidet dieser Fall sich von dem vorigen, daß die Klage nicht blos gegen den revocirenden, sondern auch gegen jeden späteren Successor zulässig ist, der sich in dem Besitz der gedachten Sachen befindet, wie denn überhaupt jeder Besitzer des Fideicommisses die Wegnahme der impensae utiles, so lange solche vorhanden sind, sich gefallen lassen muß. Den Einwand der mangelnden Passivlegitimation Seitens des Besitzers, wenn dieser persönlich und nicht in seiner Eigenschaft als Fideicommißinhaber in Anspruch genommen wäre, brauchte sich hierbei der Kläger nicht gefallen zu lassen, weil der Werth jener Verwendungen gar nicht Gegenstand des Fideicommisses geworden ist. Einige Juristen [189]) verpflichten den revocirenden Successor alsdann zur Rückerstattung des vom Beklagten gezahlten Kaufpreises, wenn er des Veräußerers Erbe geworden. Das ist richtig für den Fall, daß der Beklagte es nicht vorzieht, den Kläger mit der exceptio rei venditae et traditae zurückzuweisen. Und dasselbe gilt von dem Fall

---

[185]) L. 38 De H. P. (5, 3). L. 58 De legat. I (30). L. 5 C. De R. V. (3, 32). Von diesem Gesichtspunkte aus kann auch der Fideicommißsuccessor zur Leistung des von dem Beklagten gezahlten Kaufpreises verpflichtet sein.

[186]) L. 5 C. cit.

[187]) Diese Ansicht ist auch aufgestellt bei **Hellfeld** l. c. p. 87.

[188]) **Hellfeldt** l. c. p. 88. **Richter** l. c. p. 157.

[189]) **Cramer**, observationes iur. univ. t. I obs. 3. **Hellfeld** l. c. p. 86. **Richter** l. c. p. 157. **Salza** a. a. O. S. 155. **Walter** a. a. O. § 471 N. III.

einer mit Consens der Agnaten erfolgten Veräußerung diesen Agnaten gegenüber, wenn sie selbst später die Veräußerung anfechten[190]), da die einwilligenden Agnaten dem Veräußerer ganz gleich gestellt werden.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, ob der Ablauf der Zeit, während welcher die Fideicommißsache in den Händen von Personen sich befunden, welche nicht zum Fideicommißverbande gehören, von Einfluß auf das Revocationsrecht der Anwärter ist[191]).

Daß die den Successoren des Veräußerers zustehende Revocationsklage, wie jede andere Klage der Verjährung unterworfen ist, also durch dreißigjährigen Nichtgebrauch erlischt, ist selbstverständlich. Allein durch die Verjährung wird nicht das Revocationsrecht als solches und im Allgemeinen ganz und gar vernichtet, sondern nur das des einen bestimmten Fideicommißinteressenten, welcher die Anstellung der Klage unterlassen hat. Denn damit von Klagverjährung die Rede sein könne, muß actio nata sein. Hier ist aber die actio noch nicht nata bereits durch die Verletzung der dem Fideicommißbesitzer obliegenden Pflicht, die Fideicommißsachen ungeschmälert zu bewahren und auf seinen Nachfolger zu übertragen, d. h. durch die Veräußerung selbst, sondern erst in dem Augenblick, wo dieser Nachfolger zur Succession berufen ist. Denn das Recht des Familienfideicommisses als solches ist zwar verletzt durch die Veräußerung; um es aber in diesem Zeitpunkt sogleich geltend zu machen, müßte neben dem Fideicommißbesitzer noch ein anderer Träger des Fideicommißrechts vorhanden sein. Da dies aber weder die Familie noch sonst (abgesehen von der Anordnung eines Curators) irgend eine Person ist, so läßt sich jede Verletzung des Fideicommisses nur darstellen als eine Verletzung des Fideicommißbesitzers, und somit, wenn die Verletzung von einem solchen selbst ausgegangen ist, als eine Verletzung des Rechts der Successoren. Daraus geht aber weiter hervor, daß in der Person des Successors ein gegenwärtiges Recht vorhanden sein muß, um verletzt werden zu können. Dies aber setzt voraus, daß der Nachfolger auch wirklich zur Succession gelangt ist[192]). Die Revocationsklage verjährt also für jeden Successor besonders, und zwar beginnt die

[190]) Die Verpflichtung dieser Agnaten zur Rückerstattung des Kaufpreises wird aufgestellt von Cramer (Wetzlarische Nebenstunden Th. XV N. 10 S. 87 ff. Th. XXVII N. 6 S. 79 ff.) und Richter (l. c. p. 156).

[191]) Hätte der Stifter in der Stiftungsurkunde hierüber etwas bestimmt und etwa jede Verjährung ausgeschlossen, wie das in Familiengesetzen hochadeliger Häuser vorkommt (s. Moser, von der teutschen Reichsstände Landen S. 228), so wäre das durchaus bedeutungslos, da Verjährung und Usucapion Institute des absoluten Rechts sind, und demzufolge auch bei einem concreten Verhältniß durch Willenserklärungen von Privaten dritten Personen gegenüber nicht ausgeschlossen werden können.

[192]) L. 7 § 4 C. De praescr. XXX vel. XL ann. (7, 39). Vgl. Pfeiffer, über den wesentlichen Unterschied der acquisitiven und extinctiven Verjährung § 13, in seinen vermischten Aufsätzen S. 314.

Frist dafür zu laufen in dem Augenblick, wo derselbe zur Nachfolge kommt. Sind von hier ab dreißig Jahre verflossen, dann ist für ihn allerdings die Klage verjährt, aber nur für ihn, seinen Successoren kann die Einrede der vollendeten Verjährung aus seiner Person nicht entgegengesetzt werden, vielmehr beginnt für jeden von diesen eine neue Verjährung zu laufen, wenn er zur Succession kommt[193]). Ist durch die Stiftungsurkunde sofortiger Verlust des Fideicommisses an den Nächstberechtigten als Strafe der Veräußerung festgesetzt, so würde die Verjährung bereits von dem Zeitpunkt der geschehenen Veräußerung zu laufen beginnen, denn mit diesem Moment wäre der Successor zur Anstellung der Klage berechtigt. Diese Aenderung der Berechnung der Verjährung trifft nicht nur den zur Zeit der Veräußerung nächstberechtigten Successor, sondern auch die anderen bereits lebenden Agnaten, indem wenn der nächstberechtigte die Revocationsklage nicht anstellt, dies als Verzicht und somit als Veräußerung anzusehen ist, wodurch das Recht auf das Fideicommiß auf die entfernteren übertragen wird. Es ist die Aenderung aber ebenfalls für die erst nach der Verjährung geborenen Familienglieder von Bedeutung, indem, und zwar aus demselben Grunde ihr Klagrecht mit ihrer Geburt beginnt, nur daß hierbei wie überhaupt bei der Verjährung nicht eingerechnet wird die Zeit der Unmündigkeit und die, während welcher der Klagberechtigte sich noch in väterlicher Gewalt befand[194]). Aber auch in diesem Fall verjährt die Revocationsklage immer nur für den einzelnen Successor. Aus dieser Erörterung geht hervor, daß die Verjährung der Revocationsklage für den Bestand des Fideicommisses selbst ohne Bedeutung ist[195]).

Dagegen ist es hierfür von der größten Wichtigkeit, inwiefern die Usucapion bei veräußerten Fideicommißsachen Platz greift. Die Usucapion ist nämlich ein Titel des Eigenthumserwerbes, sie gewährt dem Empfänger der Sache das Eigenthum. Daraus folgt, daß das Eigenthum des früheren Inhabers und alle bestehenden Anwartschaften auf das Eigenthum an der gedachten Sache untergehen. Findet daher die Usucapion bei Fideicommißsachen Statt, so werden dadurch alle Anrechte der Fideicommißinteressenten auf die Sache und die Fideicommißqualität der Sache selbst aufgehoben.

Für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage müssen wir nun wieder auf L. ult. § 3 C. Commun. de legat. (6, 43) recurriren. Hier bestimmt Justinian, daß die für ungültig erklärte Veräußerung von Sachen, deren Re-

---

[193]) Betsius l. c. VIII § 66. Hellfeld l. c. p. 89. Richter l. c. p. 155. Salza, Familien-Fideicommisse S. 162. Vgl. Knipschildt l. c. XVI n. 91—94.

[194]) Vgl. Puchta, Pandekten § 90.

[195]) Zu diesem Resultat gelangen wir nicht nur, wenn wir, was hier geschehen, der m. E. richtigen Ansicht folgen und nur die Klage durch die Verjährung zerstören lassen, sondern auch, wenn wir den Untergang des Rechts selbst seinem Effect nach (s. Puchta, Pandekten § 92) annehmen wollten, denn auch in diesem Fall könnte immer nur das Recht des einzelnen Fideicommißinteressenten zerstört werden.

stitution an einen Anderen dem Veräußerer durch ein Vermächtniß auferlegt ist, auch nicht einmal einen Usucapionstitel abgeben soll[196]). Hiermit ist aber nach der von mir angenommenen Tragweite der L. ult. cit. für das heutige Recht der Familienfideicommisse die Usucapion veräußerter Fideicommißsachen ausgeschlossen, wie auch mehrere ältere Juristen zu diesem Resultat gelangen[197]).

Dies gilt sowohl dann, wenn die Sache durch einen Fideicommißbesitzer, als wenn sie von dem Erben oder Legatar, dem der Stifter dieselbe hinterlassen hatte, um die Stiftung in's Leben zu rufen, namentlich die Sache dem zuerst zum Genuß des Fideicommisses Berufenen auszuantworten, erfolgte. Dies gilt auch vom Intestaterben, wenn das Fideicommiß in codicilli ab intestato oder einem Erbvertrag, der nur dies zum Gegenstande hat, errichtet ist. Zweifelhaft könnte es sein, ob man dasselbe anzunehmen hat, wenn der Stifter das Fideicommiß durch ein Geschäft unter Lebenden begründet, aber das Inkrafttreten desselben bis auf seinen Tod verschoben hat. Ich glaube jedoch, daß man auch in diesem Fall, wenn der Erbe des Stifters das zum Fideicommiß bestimmte Gut veräußert, die Usucapion ausschließen darf. Dehnten wir nämlich die Bestimmung der L. 3 § 3 C. Comm. de legat. auf sämmtliche Arten der Fideicommißerrichtung aus, wenn es sich um die Veräußerung von Fideicommißsachen durch einen Fideicommißbesitzer handelte, so kann auch dem gleichen Verfahren bei der Veräußerung derartiger Sachen durch den Erben des Stifters nichts im Wege stehen. Eine Ausnahme müssen wir für den bereits oben erörterten Fall machen, daß die Fideicommißstiftung erst nach dem Tode des Erben in's Leben treten sollte, und diesem selbst die Fideicommißerrichtung ganz ohne seine Schuld unbekannt war. Hätte ein solcher ein dem Fideicommiß- zugewiesenes Gut veräußert, so würde dem oben Gesagten gemäß der Usucapirbarkeit desselben nichts im Wege stehen.

Die L. 3 C. cit. schließt bei vermachten Sachen nur die ordentliche Usucapion aus, nicht dagegen die außerordentliche. Hieraus aber dürfen wir doch nicht folgern, daß auch die zu einem Familienfideicommiß gehörigen Gegenstände durch außerordentliche Ersitzung dem Fideicommiß verloren gingen. Da nämlich diese außerordentliche Usucapion aus der Verjährung entstanden, und somit auch in den Fällen ausgeschlossen ist, wo die letztere nicht Platz greift, so dürfte sie jedem Fideicommißinteressenten gegenüber erst mit dem Augenblick zu laufen beginnen, wo derselbe zur Succession gelangt[198]), denn

---

[196]) Nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat.

[197]) Molina l. c. IV c. 10 n. 1. Fusarius qu. 528. Knipschildt l. c. XVI n. 89.

[198]) Das scheint auch die Meinung von Hellfeld (l. c. p. 89) zu sein, der von praescriptio longissimi temporis spricht, damit aber eben so gut die außerordentliche Ersitzung, als die Verjährung meinen kann.

ihm steht der Satz zur Seite: agere non valenti non currit praescriptio, wie denn überhaupt die Fälle der s. g. ruhenden Verjährung bei der außerordentlichen Ersitzung gleichfalls in Betracht kommen[199]), auch bei veräußerten Dotalgrundstücken der Anfang der außerordentlichen Ersitzung bis zu dem Augenblick verschoben ist, wo der Ehefrau die Dotalforderung zusteht[200]). Zu dem hier aufgestellten Resultat sind denn auch mehrere ältere Juristen gelangt[201]). Von den neueren Schriftstellern adoptirt Dalwigk[202]) lediglich die Grundsätze des Preußischen Landrechts, auf welche ich gleich eingehen werde; dagegen stellt Salza[203]) den Satz hin, daß ein Fideicommißgut „durch Acquisitivverjährung in das freie Eigenthum Dritter" übergehe, nur fordert er dafür einen Zeitraum von dreißig Jahren. Fast hat es den Anschein, als ob auch Gerber der Usucapion und Klagverjährung nicht allen Einfluß auf den Bestand eines Familienfideicommisses abspricht. Er hält es nämlich (System § 84 Note 13) für rathsam, daß die Anwärter gleich nach geschehener Veräußerung durch Erhebung eines Protestes sich ihr künftiges Vindicationsrecht sichern. Dieser Protest, welcher doch nur den Zweck haben kann, den Erwerber in mala fides zu versetzen, ist vollständig überflüssig, wenn die Usucapion ganz unstatthaft ist und die Verjährung für jeden Anwärter erst zu laufen beginnt, wenn derselbe zur Succession gelangt[204]).

---

199) Vgl. Puchta, Pandekten § 159.

200) L. 30 C. De J. D. (5, 12).

201) Molina l. c. IV c. 10 n. 1. n. 3. n. 7. Peregrinus l. c. art. 41 n. 16. Petra l. c. qu. 14 n. 157. n. 159 sq. n. 204. Fusarius l. c. qu. 528 n. 4 sq. n. 9. n. 19. Knipschildt l. c. XVI n. 87—99. Auch Betsius (l. c. VIII § 66) vertheidigt diese Ansicht für letztwillig errichtete Familienfideicommisse, nicht bei vertragsmäßigen, doch lediglich aus dem Grunde, weil er bei diesen dem Fideicommißsuccessor, überhaupt keine actio in rem auf Wiedererlangung des veräußerten Guts, sondern nur eine persönliche Klage auf das Interesse giebt.

202) A. a. O. III S. 76 f.

203) A. a. O. S. 236 f.

204) Zwar hält es schon Betsius (l. c. VIII § 66) der Vorsicht für angemessen, daß die Fideicommißinteressenten, sobald sie die Veräußerung erfahren, durch eine ausdrückliche Protestation sich ihr Recht vorbehalten; aber aus dem ausgesprochenen Grunde damit nicht ihre Unthätigkeit für einen stillschweigenden Consens ausgelegt werde. Allein da für den Agnaten, bevor er zur Succession gelangt, gar keine Verpflichtung besteht, sich durch irgend eine Handlung sein zukünftiges Recht zu sichern, so kann auch die Unterlassung einer solchen und sein Schweigen nicht als Verzicht auf sein Recht ausgelegt werden. Nur in dem oben berührten Fall wäre ein Protest der Fideicommißinteressenten von Wichtigkeit, wo die durch den Erben des Stifters erfolgte Veräußerung von Gütern, die zum Fideicommiß bestimmt waren, deshalb als gültig angesehen werden mußte, weil dem

Es versteht sich von selbst, daß, wenn die Veräußerung und der Anfang der Usucapion einer Sache vor die Zeit der Errichtung des Familienfideicommisses, welchem jene gewidmet wurde, fiel, durch diesen Umstand die Fortsetzung und Vollendung der Usucapion nicht gehindert werden kann. Denn hier findet nicht die Veräußerung einer Sache statt, deren Alienation verboten war, sondern es wird die Veräußerung einer Sache verboten, welche bereits veräußert war[205]). Dieser Fall gehört aber hier, wo von der Veräußerung von Fideicommißsachen die Rede ist, gar nicht her.

Was die Vorschriften der Particularrechte über die Verjährung der Revocationsklage und die Usucapion von veräußerten Fideicommißgütern betrifft, so giebt das Bayerische Landrecht lediglich über den ersten Punkt eine Bestimmung, wodurch es die Revocationsklage für jeden einzelnen Fideicommißinteressenten von dem Zeitpunkt ab, wo derselbe zur Succession gelangt ist, verjähren läßt[206]).

Das Preußische Landrecht bestimmt im § 122 Th. II Tit. 4: „Einzelne Rechte des Fideicommisses, oder auf dasselbe, können durch dreißigjährige Präscription erlöschen oder gegen das Fideicommiß erworben werden"; und spricht damit die Usucapirbarkeit veräußerter Fideicommißsachen aus, womit es sich freilich schwer vereinigen läßt, wenn dasselbe im nächstfolgenden § 123 bestimmt: „Die Eigenschaft des Fideicommisses selbst kann durch keine Verjährung verloren gehen". Denn, wenn die sämmtlichen zum Fideicommiß gehörigen Sachen einzeln veräußert und usucapirt und somit dem Fideicommiß thatsächlich entzogen sind, so sollte man doch denken, daß wegen Mangels des Objects auch das Fideicommiß selbst zu existiren aufhört und somit, wenn auch indirect, dennoch durch die Verjährung aufgehoben sei.

Ebenso läßt das Oesterreichische Gesetzbuch eine Usucapion von veräußer-

---

Erben wie dem Erwerber die zukünftige Fideicommißqualität des Guts unbekannt war. Hier würde die Protestation dazu dienen, um sowohl Veräußerer als Erwerber in mala fides zu versetzen, wodurch die Veräußerung nichtig werden würde, vorausgesetzt, daß der Protest vor der Perfection des Geschäfts erfolgte.

[205]) Baldus in L. 1 C. De serv. fugit. (6, 1) n. 19. Molina l. c. III c. 14 n. 4. Fusarius l. c. qu. 528 n. 1. Betsius VIII § 66 in fin. Knipschildt l. c. XVI n. 86. In gleicher Weise bestimmt das Bayerische Landrecht III C. 10 § 21 N. 6, daß das Fideicommiß erlischt „durch vollstreckte Verjährung, wenn solche schon bey Lebzeiten des Fideicommittentis, oder gar schon vorhero angefangen worden".

[206]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 22: „Soviel des Fideicommissarii Person allein betrift, erlöscht das Fideicommiss — 6to. durch die Verjährung, welche erst unter dem Fideicommissario angefangen worden, dann diese lauft nur gegen ihn und all jene, welche von Rechts-wegen hätten agiren können, nicht aber gegen andere, welche die Successions-Ordnung in dem praescribirten Fideicommiss noch nicht betroffen hat".

ten Fideicommißsachen in vierzig Jahren zu[207]). Es ist völlig verkehrt, wenn Dalwigk[208]) diese Bestimmung in gleicher Weise dem Bestande eines Familienfideicommisses unschädlich machen will, wie es oben für das gemeine Recht hinsichtlich der außerordentlichen Ersitzung geschehen ist. Er ist der Ansicht, daß diese „Verjährung" dem Recht des Nachfolgers, der noch kein ius agendi hätte, nie schaden könne. Nun handelt aber das Oesterreichische Gesetzbuch gar nicht von der Verjährung, sondern von der Ersitzung[209]). Dasselbe läßt ausdrücklich die Fideicommißqualität durch die Ersitzung aufgehoben werden. Damit ist aber nicht nur das Recht des Fideicommißinteressenten, unter dem die Usucapion vollendet wurde, sondern das aller späteren Successoren vernichtet[210]). Bei beweglichen Fideicommißsachen bedarf nach österreichischem Recht der gar keiner Usucapion, der dieselben bona fide und titulo oneroso von dem Fideicommißbesitzer erworben hat[211]). Denn ein solcher erwirbt mit dem Besitz zugleich das Eigenthum[212]). Dagegen würde die Usucapion dessen, der eine derartige Sache, zwar bona fide, aber unentgeltlich an sich gebracht hat, erst in der gewöhnlichen, für die Ersitzungen von Fideicommißsachen überhaupt vorgeschriebenen Frist d. h. in vierzig Jahren vollendet sein. War der Erwerber des beweglichen Fideicommißgegenstands in mala fide, d. h. war demselben die Qualität der Sache bekannt, so kann er selbst dieselbe nicht usucapiren[213]). Der aber, welcher bona fide von einem solchen malae fidei possessor die Sache erworben hätte, würde gleichfalls dieselbe in vierzig Jahren usucapiren. Zwar ist Wildner[214]) der Ansicht, daß in diesem Fall nach § 1476 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Ersitzung in sechs Jahren vollendet sei; indem er sich darauf stützt, daß in dieser Frist ein bonae fidei possessor eine bewegliche Sache, die er von einem malae fidei possessor erworben hat, usucapirt[215]). Allein

---

[207]) A. B. G. B. § 1474: „Die Eigenschaft eines Familien-Fideicommisses, eines Erbpacht- und Erbzinsgutes geht nur durch einen frey eigenthümlichen Besitz von vierzig Jahren verloren".

[208]) A. a. O. S. 76.

[209]) S. Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 352.

[210]) Ich setze mich hierbei nicht der Gefahr aus, in Widerspruch mit dem in Betreff der Unstatthaftigkeit der außerordentlichen Ersitzung im gemeinen Recht Gesagten zu gerathen, da oben eben der Beweis geführt werden sollte, daß, wenn auch L. 3 C. Commun. de legat. die außerordentliche Ersitzung bei vermachten Sachen, die der Onerirte veräußert, nicht ausschließt, eine solche doch bei Familienfideicommissen nicht Platz greifen könne.

[211]) S. o. S. 249.

[212]) A. B. G. B. § 367; vgl. Wildner a. a. O. S. 348.

[213]) A. B. G. B. § 1477.

[214]) A. a. O. S. 348 f.

[215]) Vgl. A. B. G. B. § 1466.

da der § 1474 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ganz allgemein von Familienfideicommissen, nicht aber von unbeweglichen Fideicommißgütern handelt, so ist die Anwendung des § 1476, dessen Bestimmung offenbar auf Sachen, denen keine Fideicommißqualität innewohnt, sich bezieht, auf Fideicommißgegenstände unstatthaft. Nur in so fern darf man auf diesen Paragraphen sich berufen, als daraus hervorgeht, daß in dem in Rede stehenden Fall eine Usucapion überhaupt möglich ist.

Endlich hat auch das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 die Usucapion bei Fideicommißgegenständen zugelassen[216]).

Die nach gemeinem Recht bestehende Unveräußerlichkeit der Fideicommißgüter, von welcher nur sehr wenige Ausnahmen zugelassen sind, kann zu den größten Unzuträglichkeiten führen. Und so hat man denn nach einem Mittel gesucht, Veräußerungen gültig zu machen. Als ein solches galt die Beibringung des Consenses der Anwärter.

Viele Juristen stellen als Regel den Satz auf, eine jede auch an sich verbotene Veräußerung werde gültig durch die Zustimmung oder nachfolgende Ratihabition sämmtlicher Interessenten[217]). Durch die Zustimmung nämlich, wurde hierbei angenommen, verzichteten diese auf ihr Recht am Fideicommiß und demnach auf ihre Anfechtungsbefugniß; es werde daher durch den Consens sämmtlicher Interessenten dasselbe Resultat herbeigeführt, als wenn der Stifter seinem Erben die Veräußerung der auf ihn gekommenen Güter untersagt, aber keine Person genannt hätte, zu deren Gunsten jenes Verbot gelten sollte. Demgemäß wurde auch gefordert, daß der Consens sich auf die ganze Fideicommißsache beziehe, indem der für einen Theil abgegebene, die Consentirenden nicht hindere, den Rest der Sache zu vindiciren[218]). Eine bestimmte Form forderte man für diesen Consens nicht[219]), vielmehr sollte dieser nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden können und einen solchen stillschweigenden Consens nahm man bereits an, wenn die anfechtungsberechtigten Agnaten bei dem Abschluß des Veräußerungsgeschäfts zugegen gewesen wären, ohne ihren Widerspruch zu erklären[220]). Dagegen verlangte Richter[221]), daß

---

[216]) Hessisches Ges. Art. 31: „Durch Verjährung kann ein im Grundbuche eingetragenes Familien-Fidicommiß nicht erlöschen, außer insoweit etwa ein Dritter durch erwerbende Verjährung das freie Eigenthum der zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände erworben hat".

[217]) Petra l. c. qu. 8 n. 324. Knipschildt l. c. XI n. 379. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 3. Richter l. c. p. 136 sq.

[218]) Knipschildt l. c. XVI n. 118. Kreittmayr a. a. O.

[219]) In einem Gutachten bei Westphal, teutsches Privatrecht II S. 272 wird eidliche Bestärkung gefordert unter Berufung auf C. 2 De pact. in 6to. (1, 18), was ganz verkehrt ist, da hier weder ein Erbverzicht vorliegt, noch auch ein solcher zu Westphal's Zeit eidlich abgegeben werden mußte.

[220]) Knipschildt l. c. XI n. 384 sq. Kreittmayr III C. 10 § 24 N. 3.

[221]) L. c. p. 137.

für einen Minderjährigen der Consens von einem curator ad hunc actum specialiter constitutus abgegeben werde[222]), forderte jedoch in diesem Falle nicht Wiederholung der Zustimmung durch jenen selbst nach erreichter Volljährigkeit[223]).

Daß nun mit dem Consens sämmtliche Interessenten, also sämmtlicher Familienglieder Fideicommißgüter gültig veräußert werden können, unterliegt keinem Zweifel, da es alsdann an einen Anfechtungsberechtigten fehlen würde. Dafür lassen sich auch folgende Bestimmungen des römischen Rechts anführen L. 120 § 1 De legat. I (30): Omnibus, quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam. L. 11 C. De fideic. (6, 42): Quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alii consenserint, contractus auctoritas convelli nequaquam potest. Aber dieser Consens ist meist unmöglich zu beschaffen, denn zu den Interessenten gehören nicht nur die jetzt lebenden, sondern auch alle künftig bis zum etwaigen Aussterben der Familie geborenen. Also der Satz, wie er bis jetzt aufgestellt ist, hat selten eine practische Bedeutung, vielmehr muß die Frage so gestellt werden, ob durch einstimmigen Beschluß sämmtlicher jetzt lebender Fideicommißinteressenten ein Fideicommißgut gültig veräußert werden kann. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die durch die Stiftungsurkunde zur Succession in ein Fideicommiß Berufenen an die von ihrem Ascendenten mit Rücksicht auf das Fideicommiß vorgenommenen Rechtshandlungen gebunden sind. Nun ist die Fideicommißfolge eine successio ex pacto et providentia maiorum. Nicht von dem Vorbesitzer oder überhaupt seinen Ascendenten leitet der Nachfolger sein Recht auf das Fideicommiß ab, sondern vom Stifter. Er kann daher niemals denen gegenüber als Erbe aufgefaßt werden, durch deren Vermittelung er das Fideicommiß überkommen hat, zu denen er lediglich in dem Verhältniß eines Singularsuccessors steht. Demzufolge können auch diese niemals durch ihre Handlungen einem späteren Successor präjudiciren, mag dieser zur Zeit der Alienation bereits leben oder erst später geboren sein. Das wird auch von einer großen Anzahl älterer, wie neuerer Juristen[224]) und vom Bayerischen

[222]) Dieses Erforderniß ist nur für den Fall begründet, daß der Minderjährige in väterlicher Gewalt steht, weil der Vater alsdann bei der Veräußerung interessirt ist, steht aber derselbe bereits unter Vormundschaft, so genügt natürlich auch für diesen Act die Zuziehung des gewöhnlichen Vormunds.

[223]) Das ist richtig, doch würde der Minderjährige, wenn er durch die Consensertheilung in Wahrheit verletzt ist, Restitution nachsuchen können.

[224]) Peregrinus l. c. art. 22 n. 75 art. 52 n. 81. Fusarius l. c. qu. 588. qu. 597 n. 1 sq. qu. 318 n. 107 sqq. Knipschildt l. c. VIII n. 380. XI n. 11. n. 395—416. Hertel, de alienatione fideicommissorum familiae vel omnibus de ea consentientibus illicita (Jen. 1737) § 30 sqq. Kreittmayr

Landrecht [225]) ausdrücklich anerkannt. Es ist auch der Umstand ganz bedeutungslos, ob der Renunciant nur für seine Person den Consens zur Veräußerung ertheilt hat, oder aber für sich und seine Erben oder besser seine Descendenten, wennschon im Recht des hohen Adels eine Erklärung der letzteren Art die Kraft hat, auch die Descendenten zu binden. Das gemeine Gewohnheitsrecht, worauf eben diese Wirkung beruht, besteht außerhalb des genannten Kreises nicht [226]). Natürlich muß der Fideicommißsuccessor, wenn er zugleich Erbe des Vorbesitzers oder eines consentirenden Agnaten geworden, die vom Erblasser rücksichtlich des Fideicommisses vorgenommenen Handlungen eben so gut, als alle sonstigen Rechtsacte desselben [227]) anerkennen [228]). Aber es besteht, anders als im Lehnrecht, auch für den Sohn eines gestorbenen Fideicommißbesitzers keine rechtliche Nothwendigkeit, die Allodialerbschaft anzutreten, wenn er das Fideicommiß erwerben will [229]). Und selbst, wenn der Successionsberechtigte die Erbschaft des veräußerenden Vorbesitzers oder eines consentirenden Agnaten angetreten, ist er noch nicht unbedingt verpflichtet, die Veräußerung in ihrem vollen Umfang gelten zu lassen, nämlich wenn er nur heres pro parte ist, indem er alsdann die Veräußerung nur zu dem Theile an-

---

a. a. O. III C. 10 § 24 N. 3. Pfeiffer, vermischte Aufsätze S. 25—29. Eichhorn Einleitung § 369. Moshamm, Geschlechts-Fideicommisse S. 82. Fabricius, de fideicommissorum familiae natura p. 63. Beseler, System § 176 N. VIIa. Gerber, System § 84 Note 12. Walter, System § 471 N. III. Wie Gerber (a. a. O.) und nach ihm Walter (a. a. O. Note 4) dazu kommen, Eichhorn die Ansicht unterzulegen, daß der Sohn nach Analogie von II F. 45 die von seinem Vater mit dem Gut vorgenommenen Handlungen anerkennen müsse, ist mir nicht ersichtlich, da Eichhorn ausdrücklich erklärt, daß es auch bei dem Sohne von dessen freien Willen abhänge, ob er Erbe des Vorbesitzers werden und die Handlungen desselben anerkennen wolle. Nur in Betreff der Schulden des Vaters bemerkt er, daß diese in Folge der Lehnseigenschaft, welche das Stammgut zugleich habe, nach der gewöhnlichen Meinung der Sohn zu bezahlen habe.

[225]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 24: „Fideicommiss-Güter können nur in folgenden Fällen alienirt werden: 1mo. Wenn alle vorhandene Fideicommiss-Interessenten darein consentiren, welches jedoch nur ihnen für ihre Person, nicht aber anderen Fideicommiss-Substitutis und Successoribus, ohne Unterschied, ob sie zugleich Allodial-Erben von denen Consentirenden seynd oder nicht, praejudicirt".

[226]) Vgl. Beseler, Erbverträge II, 2 S. 289 ff. S. 249 f.

[227]) L. 1 § 1 De exc. rei vend. (21, 3). L. 13 § 4 De fund. dot. (23, 5). L. 3 C. De reb. al. non alien. (4, 51). L. 14 C. De R. V (3, 32). L. 7 C. De N. G. (2, 19).

[228]) Molina l. c. IV c. 1 n. 16. Peregrinus l. c. art. 33 n. 1 sq. Betsius l. c. IX § 46. Knipschildt l. c. XI n. 387—390. n. 404. Stryck, de successione ab int. VII c. 4 § 21.

[229]) Eichhorn a. a. O. § 369 N. I. Beseler a. a. O.

zuerkennen braucht, zu dem er Erbe geworden[230]), und eben so wenig, wenn er ein Inventar errichtet hat, wo ihm nach dem alsdann zur Anwendung kommenden Grundsatz: nihil ex sua substantia penitus heredes amittunt, die Veräußerung nur so weit bindet, als er dafür durch den Nachlaß schadlos gehalten wird.

Die Ansicht, wonach die Veräußerung von Fideicommißgütern durch den Consens sämmtlicher lebender Interessenten gültig zu Stande kommt, hat eine starke Verbreitung in Theorie und Praxis gefunden[231]). Dieselbe wird in folgender Weise begründet. Jedes Glied der zur Succession in das Fideicommiß berufenen Familie erwerbe ein Recht auf dasselbe erst durch die Geburt[232]). Vor derselben könne von iura quaesita nicht die Rede sein. Demnach dürfe die durch den Consens sämmtlicher lebender Interessenten bestärkte Veräußerung nicht durch die erst nach derselben geborenen angefochten werden, denn ein denselben zustehendes Recht sei, weil überhaupt nicht existirend, nicht verletzt, und als dieselben geboren, hätten die Güter bereits ihren früheren Charakter, ihre Fideicommißqualität verloren, und die Nachgeborenen hätten daher auch durch ihre Geburt kein Recht mehr auf das Fideicommiß erwerben können[233]). Ferner würde das Fideicommißrecht, wenngleich nicht beneficio patris, doch mediante patre erworben. Habe der Vater die iura gentilicia durch Verzicht verloren, so könne er sie auch nicht per generationem auf die Kinder übertragen[234]). Sodann wird auf die Analogie der bona avita hingewiesen, zu deren Veräußerung nach altdeutschem Recht der Consens der lebenden Erben genügt habe, und bei denen keineswegs den Nachgeborenen die Befugniß zugestanden, die Veräußerung anzufechten.

---

230) L. 13 § 4 De fund. dot. (23, 5). L. 14 C. De R. V. (3, 23). L. 7 C. De N. G. (2, 19). Hierauf machen auch bereits die älteren Juristen aufmerksam: Molina l. c. IV c. 1 n. 23. Fusarius l. c. qu. 557 n. 20. Vultejus, consilia Marpurg. IV cons. 11 n. 147. Knipschildt l. c. VI n. 407. Stryck l. c. VII c. 4 § 21.

231) Harpprecht, de transact. sup. fideic. inter person. ad illud vocat. thes. 38 sq. Beck l. c. p. 36—38. Cramer, observationes iur. univ. t. III obs. 846. Pütter, auserlesene Rechtsfälle Bd. III Th. 1 N. 252. G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle Bd. II N. 106. Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsfälle Th. II N. 23 § 9. Hellfeld l. c. p. 69—77. Richter l. c. p. 152. Mellmann, de fideicommissis familiarum p. 90—93. Runde, Privatrecht § 696. Salza, Familien-Fideicommisse S. 158—161.

232) Dieser wird natürlich die Conception gleichgestellt, vorausgesetzt, daß eine Geburt wirklich nachträglich erfolgt, und deshalb läßt auch Mellmann (l. c. p. 93), obwohl er die hier berührte Ansicht vertritt, eine Anfechtung der Veräußerung durch die zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts bereits Concipirten zu.

233) Mellmann l. c. p. 91 sq. Beck l. c. p. 38. Salza a. a. O. S. 159.

234) Richter l. c. p. 129. Hellfeld l. c. p. 74 sq. Mellmann l. c. p. 92 sq.

Das müsse auch bei den Familienfideicommissen gelten, da diese ja eigentlich doch ebenfalls Stammgüter in veränderter Gestalt wären[235]). Endlich werden auch die Bestimmungen des Lehnrechts als analoge herbeigezogen. Wie ein Lehn mit Consens des Lehnsherrn und sämmtlicher Agnaten veräußert werden könne, ohne daß eine solche Veräußerung von den nachgeborenen Kindern dieser widerrufen werden dürfe, so müsse auch bei Fideicommissen, die hinsichtlich der Rechte der Nachgeborenen „den Lehen ganz ähnlich" seien, dasselbe stattfinden[236]).

Was nun den ersten Grund betrifft, so ist es ganz richtig, daß alle Interessenten ein Recht auf das Fideicommiß erst durch die Geburt erwerben, wie das überhaupt bei jedem Recht der Fall ist. Eben so unbestreitbar ist es, daß wenn dasselbe vor ihrer Geburt durch eine Rechtshandlung gültig aufgehoben ist, sie es durch die Geburt auch nicht erwerben können. Aber eine solche Handlung, welche als gültige Aufhebung des Fideicommisses gelten kann, darf eben in der mit Consens sämmtlicher lebender Interessenten geschehenen Veräußerung nicht gefunden werden. Die Veräußerung ist durch den Stifter verboten, sie ist daher, wenn ein darauf abzielendes Geschäft vorgenommen, nichtig, mag dabei lediglich der Fideicommißbesitzer, oder mögen auch alle anderen lebenden Interessenten mitgewirkt haben, das Eigenthum kann niemals auf den Erwerber der Sache übergehen. Der Consens entzieht nur den Consentirenden die Anfechtungsklage. Daß die „mit Einwilligung aller zur Zeit des Contracts vorhandenen Interessenten vorgenommene Veräußerung als eine solche Handlung dem gemeinen Rechte nach angesehen" werde, wodurch die Fideicommißqualität erlösche, ist geradezu eine falsche Behauptung[237]), denn die als Belege angeführte L. 120 § 1 De legat. I und L. 11 C. De fideic.[238]) können, wie wir schon oben gesehen, nicht als Beweis dafür gelten[239]), und eben so wenig darf man in Nov. 159 c. 3 einen solchen finden wollen, denn wenn es hier heißt: — utpote et aliis Hierii — filiis ipso-

---

[235]) Hellfeld l. c. p. 69—71; vgl. p. 60—64, wo zwar nur von Familienfideicommissen oder besser Familiengütern des hohen Adels die Rede ist, welches Argument man aber mit gleichem Recht auf die wahren Familienfideicommisse anwenden kann, wie dies auch Salza (a. a. O. S. 160) thut. Denn der Grund, weshalb Familiengüter einer hochadeligen Familie, welche mit Consens sämmtlicher lebender Familienglieder veräußert sind, nicht von den Nachgeborenen vindicirt werden können, liegt nicht in dem Charakter solcher Güter als Stammgüter, sondern in dem Charakter der hochadeligen Familie, als einer juristischen Person, welche durch die selbständigen Mitglieder derselben vertreten wird.

[236]) Salza a. a. O. S. 159 f.

[237]) Salza a. a. O. S. 159.

[238]) So muß es bei Salza S. 161 Note 9 statt L. 2 heißen.

[239]) Das bemerkt auch Puchta, Vorlesungen § 527.

rum alienantibus res, et convenientibus sicut et reliquorum alienationibus, et primitus levarentur ipsis et successoribus quae possint actiones competere de his; so sind unter den successores eben Erben und keine Fideicommißsuccessoren zu verstehen.

Wenn ferner gesagt wird, das Fideicommißrecht werde mediante patre erworben, so ist daran nur so viel richtig, daß der Vater die Veranlassung davon ist, daß der Sohn lebt, durch welchen Umstand für diesen das Recht an dem Fideicommiß erworben wird. Dagegen kann von einer Uebertragung dieses Rechts durch den Vater auf den Sohn nicht die Rede sein, da die Uebertragung durch den Stifter für jeden Fideicommißinteressenten stattfindet, sobald die hierfür gewissermaßen stillschweigend gesetzte Bedingung seiner Existenz eingetreten ist.

Die Analogie der bona avita, und zwar derer des älteren Rechts[240]) ist nicht zutreffend. Ist auch das Familienfideicommiß deshalb ausgebildet worden, um gewisse bei den Stammgütern oder besser den Immobilien überhaupt nach älterem germanischen Recht geltende Principien dem römischen Recht gegenüber zu erhalten, so läßt sich doch keineswegs das ältere deutsche Recht der Stammgüter oder Immobilien als im Institut der Familienfideicommisse unter verändertem Namen fortlebend bezeichnen, und ist daher der Schluß von den bona avita auf die Familienfideicommisse, und den bei jenen geltenden Grundsätzen auf die bei diesen zur Anwendung kommenden Principien ohne Weiteres nicht zulässig. Das ist auch von dem in Rede stehenden Satz zu sagen. Das auf dem Willen des Stifters beruhende Veräußerungsverbot ist ein ganz anderes als das gesetzliche, aus dem Beispruchsrecht der Erben hervorgehende. Beide sind zwar an die Voraussetzung geknüpft, daß in einem Fall die fideicommißberechtigte Familie existirt, im anderen Intestaterben vorhanden sind. Unter dieser Voraussetzung ist jedoch das erstere Veräußerungsverbot ein unbedingtes, während das zweite bedingt ist durch den Umstand, daß der Consens der Erben nicht nachgesucht und impetrirt ist. Sobald demnach diese Bedingung nicht eintritt, d. h. der Consens der Erben zur Veräußerung erlangt ist, muß auch die letztere gültig von Statten gehen können, während dies nicht der Fall ist, wenn die Veräußerung, wie bei dem Familienfideicommiß, unbedingt verboten ist.

Ein Gleiches ist von der Analogie des Lehnrechts zu sagen. Allerdings ist der Grundsatz von II F. 45, daß die Descendenten des Lehnsbesitzers Universalsuccessoren desselben sind, auch für die Descendenten eines in die Veräußerung des Lehns einwilligenden Agnaten, maßgebend geworden, indem

---

240) Die neueren Stammgüter, welche überhaupt nur ein particularrechtliches Institut sind und sich verschieden ausgebildet haben, können hier gar nicht in Betracht kommen, da bei ihnen das Princip der Unveräußerlichkeit sich nicht erhalten, indem das Beispruchsrecht der Erben meist dem Näherrecht gewichen ist.

der Verzicht gleichsam als eine Alienation des Lehnguts erscheint, wobei der verzichtende Agnat als Besitzer des Guts fingirt wird. Allein diese durchaus singuläre Vorschrift des longobardischen Lehnrechts läßt sich natürlich nicht auf die Familienfideicommisse anwenden.

Ganz irrelevant ist ein von Lochner[241]) und Salza[242]) geltend gemachter Grund, daß die Sicherheit des Eigenthums darunter leiden würde, „wenn ein oft erst nach Jahrhunderten geborener Descendent des Stifters einen mit aller Förmlichkeit und mit Einwilligung aller zur Zeit der Veräußerung vorhanden gewesenen Interessenten geschlossenen Kauf wieder umstoßen und vermöge des ihm zustehenden Successionsrechts das schon durch mehrere Hände gegangene Fideicommiß revociren wollte". Denn das ist lediglich ein Zweckmäßigkeitsgrund. Das hier berührte mögliche Resultat ist eine Folge des Rechtsverhältnisses der Familienfideicommisse überhaupt. Es ist gar nicht abzusehen, weshalb man in der unter den angegebenen Umständen stattfindenden Anfechtung der Veräußerung eine so große Härte dann sieht, wenn sämmtliche zur Zeit der Veräußerung lebende Interessenten in dieselbe eingewilligt haben, während man, wenn dies nicht der Fall, keinen Anstoß daran nimmt.

Nun könnte man vielleicht sagen, daß die Veräußerung eines Fideicommißguts durch den Consens der lebenden Interessenten gültig und unanfechtbar werde, beruhe auf dem Gewohnheitsrecht. Und ließe sich ein derartiges Gewohnheitsrecht nachweisen, so müßten wir trotz der Unmöglichkeit dasselbe wissenschaftlich zu begründen, jenen Satz doch für einen gemeinrechtlichen halten, wie wir ja ein Gleiches in Betreff der gesetzlichen Bestimmung von F. II 45 thun. Allein dies ist eben nicht der Fall. Ein Blick auf die für die hier vertretene Ansicht oben angeführten Schriftsteller, deren Zahl noch bei Weitem hätte vermehrt werden können, zeigt hinlänglich, daß es auch dieser Meinung zu keiner Zeit an Vertheidigern gefehlt, daß man also die entgegengesetzte nicht als communis DD oppinio bezeichnen darf.

Konnten wir aber der Einwilligung selbst sämmtlicher lebenden Fideicommißinteressenten nicht die Bedeutung beilegen, die Veräußerung gültig zu machen, weil es immer an dem Consens der erst nach derselben Geborenen fehlt, so fragt es sich, ob dieser Consens nicht in irgend einer Weise supplirt werden darf. Es ließe sich eine Vertretung der Nachgeborenen durch Curatoren denken; allein im gemeinen Recht ist die Bestellung eines solchen für einen noch nicht Existirenden (d. h. weder Geborenen noch Concipirten) nicht

---

[241]) Rechtliche Untersuchung der Frage: Kann eine mit Einwilligung aller Interessenten geschehene Veräußerung eines Fideicommiß- oder Stammguts von den nach der Veräußerung geborenen Kindern widerrufen werden? (Bamb. 1795) S. 47.

[242]) A. a. O. S. 159.

ausgebildet[243]). Außerdem würde die von einer derartigen Einrichtung erwartete Wirkung bedeutend abgeschwächt werden durch den Umstand, daß dem Nachgeborenen immer die Möglichkeit der Restitution offen stünde. Man hat ferner die mangelhafte Wirkung des Consenses der lebenden Agnaten ergänzen, ja auch diesen ganz und gar, und zwar entweder überhaupt oder doch aus gewissen Gründen ersetzen wollen durch die landesherrliche oder obrigkeitliche Genehmigung der Veräußerung. Und hierauf müssen wir etwas näher eingehen.

Es hat in der älteren Zeit selbst die Meinung einen Vertreter gefunden, daß der Landesherr ohne jeden Rechtsgrund die Genehmigung zu einer Veräußerung ertheilen, und diese alsdann gültig vorgenommen werden könne. Indeß diese Ansicht fand schon damals, wenn auch nicht gerade eine Widerlegung, so doch eine verdiente Zurechtweisung; denn Cravetta, welcher, wie es scheint, diese Meinung lediglich für einen Ausfluß serviler Gesinnung hielt, goß die Schale seines Unwillens über den Vertheidiger derselben, Angelus aus, indem er dessen Namen zu einem Wortspiel gebrauchend, bemerkte, daß derselbe in dieser Hinsicht nicht wie ein Engel, sondern wie ein verlogener Teufel gesprochen. Auch die anderen Juristen stellen durchweg den Satz auf, daß der Landesherr nicht ohne hinlängliche und erhebliche Ursache, ex plenitudine potestatis, oder, wie sich Kreittmayr auch ausdrückt selon le bon plaisir die Veräußerung von Fideicommißgütern gestatten dürfe[244]). Dagegen trägt man meist kein Bedenken, der aus dringenden Gründen ertheilten landesherrlichen Genehmigung die angegebene Wirkung beizulegen[245]). Wenn aber derartige Gründe vorliegen, so wird entweder von dem Consens der Agnaten ganz abgesehen, oder aber auch hier dieser, neben der landesherrlichen Erlaubniß, als Regel gefordert, jedoch bei grundloser Verweigerung desselben, dessen Supplirung durch den Regenten für zuläßig gehalten[246]). Diese Gründe bringt man unter zwei Rubriken, nämlich caussa publica und evidens utilitas oder necessitas des Fideicommisses[247]), und in Reserve werden dann noch andere erhebliche Ursachen gehalten, wofür als Beispiel genannt

---

[243]) Salza a. a. O. S. 221 f. hält dies allerdings für möglich.

[244]) Molina l. c. IV c. 3 n. 1. Peregrinus l. c. art. 52 n. 177. Fusarius l. c. qu. 623 n. 5. Hertel l. c. § 23. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 4.

[245]) Knipschildt (l. c. XI n. 215) allerdings spricht es unumwunden und gegen seine Gewohnheit, ohne die Gründe pro et contra weitläufig aufzuführen, aus, daß dem Landesherrn eine derartige Befugniß nicht zukomme.

[246]) Richter l. c. p. 103 sqq. p. 110 sq. Salza a. a. O. S. 223.

[247]) Molina l. c. IV c. 3 n. 1. Fusarius l. c. qu. 623 n. 7. Kreittmayr a. a. O.

wird die Beilegung eines sehr zweifelhaften und weitaussehenden Streits[248]), wobei es sich also um einen Vergleich über das Fideicommiß handeln wird. Für die utilitas publica werden als Beispiele angeführt: Kriegsdienst, Begleitung des Landesherrn auf einer expeditio publica. Utilitas oder necessitas des Fideicommisses soll vorliegen bei der Ausbesserung baufälliger Häuser, Vermehrung und Verbesserung von Gebäuden, Bezahlung von Schulden des Stifters, sowie einer Dos, deren Bestellung diesem oblag[249]); ebenso wenn es sich um den Ankauf anderer für das Fideicommiß geeigneterer Güter handelt[250]). Endlich wird die, selbst ohne besondere Gründe ertheilte kaiserliche, und somit auch die landesherrliche Genehmigung für ein Ergänzungsmittel des übereinstimmenden Consenses sämmtlicher lebender Fideicommißinteressenten gehalten, wodurch also die nicht beizubringende Einwilligung der Nachgeborenen supplirt werden soll[251]).

Untersuchen wir nun, ob wir die angegebene und überhaupt irgend eine Wirkung der landesherrlichen Bestätigung eines Veräußerungsgeschäfts beilegen dürfen, so müssen wir vorweg bemerken, daß in den Fällen, wo wirklich eine Alienation statthaft ist, es auch der landesherrlichen Bestätigung nicht bedarf, also bei einer Zwangsenteignung und in den Fällen, wo die Contrahirung von Fideicommißschulden zulässig ist. Wo also die utilitas publica als ein die Zwangsenteignung rechtfertigender Grund erscheint, da ist die Veräußerung von Fideicommißgütern gestattet, auch ohne hierzu besonders einzuholende landesherrliche Genehmigung. Wo aber die Veräußerung an sich nicht möglich, da kann sie auch nicht durch landesherrliche Erlaubniß gültig werden, denn der Landesherr darf sich keinen Eingriff in die Rechte Dritter erlauben, er darf wohlerworbene Rechte nicht verletzen. Eine solche Verletzung würde aber vorliegen, wenn es demselben freistünde, eine Veräußerung von Fideicommiß-

---

[248]) Molina l. c. IV c. 9 n. 20. Peregrinus l. c. art. 52 n. 89. Fusarius l. c. n. 8. Knipschildt l. c. XI n. 100 (der sich also hierbei einer Inconsequenz schuldig macht). Kreittmayr a. a. O.

[249]) Molina l. c. n. 2 sqq. Richter l. c. p. 105. Molina (n. 3) bemerkt noch, daß unter dem Gesichtspunkt der caussa publica die Ertheilung der königlichen Erlaubniß zur Veräußerung selbst in dem Fall für zulässig gehalten und in der (spanischen) Praxis auch wirklich (wenigstens zur Verpfändung), sogar einem ausdrücklich hiergegen gerichteten Verbot des Stifters zuwider, vorkomme, wenn solche zur Gewährung von Mitgiften nothwendig sei, welche Töchtern, entfernteren weiblichen Descendenten oder Schwestern des Majoratsbesitzers gebührten, zu deren Ausstattung der Stifter nicht verpflichtet sei. Molina trägt indeß Bedenken, dies so unbedingt für richtig zu halten.

[250]) Molina l. c. IV c. 4 n. 1. n. 12 sqq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 24 N. 4.

[251]) Westphal, von der Wirkung eines Erbverzichts in Absicht der Nachkommen (Halle 1778) § 17.

gütern zum Nachtheil der Successionsberechtigten zu gestatten. Das bestehende Recht, welches die Familienfideicommisse in allen ihren Consequenzen, also auch deren Unveräußerlichkeit anerkennt, kann im concreten Fall durch den einseitigen Willen des Herrschers nicht beseitigt werden. Freilich kann man demselben eine solche Macht nicht unbedingt und unter allen Verhältnissen absprechen. Denn das durch das Privatrecht anerkannte Rechtsverhältniß eines Familienfideicommisses ist nicht einer jeden Einwirkung entzogen, vielmehr unterliegt dasselbe, wie jedes irdische Verhältniß der höchsten irdischen Macht, nämlich dem Gesetz. Wie durch das Gesetz das Recht, welches die Familienfideicommisse garantirt, geändert, ja ganz und gar aufgehoben werden kann, so gilt dasselbe rücksichtlich eines einzelnen Fideicommisses. Auch ein solches kann durch ein Specialgesetz aufgehoben, und das damit belegte Gut demgemäß dem freien Verkehr zurückgegeben und veräußerlich gemacht werden. Hieraus ergiebt sich, daß sobald die Gesetzgebung durch den Souverain allein geübt wird, es also in der Macht desselben steht, einer Willensäußerung den Charakter eines Gesetzes zu geben, auch durch die Erklärung desselben, daß er die Veräußerung eines Fideicommißguts gestatte, eine solche gültig von Statten geht, vorausgesetzt, daß jene Erklärung die sonst für ein Gesetz nach dem speciellen Staatsrecht geltenden Erfordernisse an sich trägt. Daraus erklärt es sich auch, weshalb ältere Juristen eine Veräußerung von Fideicommißgütern durch landesherrliche Genehmigung convalesciren lassen. Es geschah dies zu einer Zeit, wo man aus dem mittelalterlichen Staat mehr und mehr in das absolute Regime überging, und insofern müssen wir die gedachte Meinung für diese Zeit und unter der Voraussetzung einer absoluten Monarchie als richtig bezeichnen. Heutzutage oder besser für den constitutionellen Staat hat sie natürlich auf Anerkennung keinen Anspruch mehr. Unter den neueren Juristen finden sich denn auch für dieselbe, abgesehen von Salza, keine Vertheidiger.

Von der obrigkeitlichen Mitwirkung bei dem Veräußerungsgeschäft, namentlich der des zuständigen Gerichts, ist ganz dasselbe zu sagen, wie von der landesherrlichen. Ein an sich nichtiger Act kann dadurch nicht gültig werden, daß derselbe unter gerichtlicher Beihülfe abgeschlossen wird, welche in diesem Fall ja selbst eine Rechtswidrigkeit sein würde. Das gilt also auch von den Fällen, in denen man eine solche gerichtliche Mitwirkung fordert[252]), nämlich bei einer unter Zustimmung sämmtlicher Agnaten zu Stande gekommenen Alienation, um diese vor der Anfechtung der später Geborenen zu sichern, und bei dem Dissentiren einzelner Anwärter, um den fehlenden Consens zu ergänzen. In jedem dieser Fälle ist die Veräußerung ungültig. Deshalb kann also auch die Mitwirkung des Gerichts weder die Anfechtungsklage der später geborenen, noch der dissentirenden Familienglieder ausschließen. Nun

---

[252]) Westphal, teutsches Privatrecht II Abh. 57 § 16 S. 237. Dalwigk a. a. O. S. 77 f.

aber ließe es sich denken, daß Jemand bei einer erlaubten Veräußerung, die natürlich auch ohne Zustimmung der Agnaten gültig ist, zur Beruhigung des Erwerbers die Genehmigung sämmtlicher Agnaten sich zu verschaffen sucht und die, welche sich weigern, denselben zu ertheilen, durch das Gericht dazu anhalten oder deren Consens suppliren lassen will. Allein abgesehen davon, daß jenes Bestreben ein ganz nutzloses wäre, so würde auch das Gericht in diesem Falle zu einer Erzwingung oder Supplirung des Consenses gar nicht befugt sein, weil beides eine Pflicht des Agnaten, seine Einwilligung in die Veräußerung ausdrücklich zu ertheilen, voraussetzt. Eine solche Pflicht aber existirt auch in dem Falle nicht, wenn der Agnat zur Anfechtung der Alienation nicht befugt ist. Selbst dazu dürfte man das Gericht nicht für competent halten, auf Verlangen des Besitzers, welcher dadurch in einem etwaigen künftigen Proceß der Nothwendigkeit des Beweises der iusta caussa alienationis überhoben zu werden glaubt, eine caussae cognitio anzustellen und darauf durch Decret die Veräußerung zu genehmigen[253]). Denn hier würde es sich um keinen eigenflich richterlichen Act handeln, sondern um einen Act, den das Gericht als Aufsichtsbehörde des Fideicommisses anstellte. Dem Gericht kommt demnach die Befugniß zu einer solchen Handlung nur dann zu, wenn es die gedachte Eigenschaft den Familienfideicommissen gegenüber hat, was doch nur particularrechtlich der Fall ist.

Alles was bisher über die Unveräußerlichkeit der Fideicommißgüter gesagt ist, gilt für den Fall, daß nicht in dieser Beziehung Bestimmungen durch den Stifter getroffen sind. Aus der Befugniß, ein Familienfideicommiß zu errichten, folgt nämlich auch die, demselben in der einen oder anderen Beziehung eine von der gewöhnlichen abweichende Form zu geben, so lange man nur dadurch nicht geradezu das Wesen des Instituts vernichtet.

Hieraus geht weiter hervor, daß der Stifter nicht jedem Besitzer das Recht einräumen darf, nach freiem Ermessen die Fideicommißgüter zu alieniren, da eben das Veräußerungsverbot das wesentlichste Stück jeder Fideicommißstiftung ist[254]). Sagt daher der Stifter, er bestimme seine Güter zu einem Familienfideicommiß, etwa mit Einführung einer besonderen Successionsordnung, ordnet er aber zugleich an, daß jedem Fideicommißbesitzer die Veräußerung der Güter gestattet sei, so kann zwar jeder Inhaber von dieser letzteren

---

[253]) Das halten Knipschildt (l. c. XI n. 49) und Beck (l. c. p. 43 sq.) für zulässig.

[254]) Beck (l. c. p. 33) hält eine solche Anordnung mit der Natur eines Familienfideicommisses für vereinbar, wendet aber auf einen solchen Fall durchaus willkürlich die Regeln über das fideicommissum in id quod supererit (Nov. 108) an, und giebt demgemäß dem Fideicommißbesitzer die Befugniß, die zum Fideicommiß bestimmten Sachenbisauf ein Viertel des ursprünglichen Bestandes desselben zu veräußern.

Befugniß Gebrauch machen, aber alsdann ist auch die Disposition nicht für eine Fideicommißstiftung zu halten. Zwar nimmt Kreittmayr[255]) auch in einem solchen Fall ein Familienfideicommiß an, welches erst dadurch, daß der Besitzer von der eingeräumten Veräußerungsbefugniß Gebrauch mache, aufgelöst werde. Denn, so begründet derselbe diese Ansicht, wenn auch die facultas alienandi mit einer Fideicommiß-Disposition nicht recht compatibel zu sein scheine, so müsse doch der Stifter, da er selbst das Fideicommiß beliebig aufheben oder alieniren könne, solches auch füglich anderen gestatten dürfen. Allein dagegen ist zu sagen, daß, wenn der Stifter das Fideicommiß sofort in's Leben treten läßt, es ihm eben so wenig als irgend einem späteren Fideicommißbesitzer freisteht, dasselbe aufzuheben. Da also eine derartige Anordnung keine Fideicommißstiftung ist, so könnte, wenn auch nur eine bestimmte Art der Veräußerung ausdrücklich gestattet wäre, doch kein Besitzer verhindert werden, auch Veräußerungen anderer Art vorzunehmen und namentlich letztwillig über die Güter zu disponiren. Das ist auch die Ansicht von Knipschildt[256]), nur daß derselbe nach dem Vorgange älterer Juristen[257]), die freilich von der bei einem Fideicommiß überhaupt dem gravatus vom Testator gegebenen Veräußerungsbefugniß reden, behauptet, daß wenn Veräußerungen unter Lebenden gestattet seien, letztwillige Verfügungen dennoch verboten blieben.

Wohl dagegen kann der Stifter, ohne den Charakter des Fideicommisses aufzuheben, die Veräußerung einzelner Güter des Fideicommisses oder selbst aller aus besonderen, ganz dringenden Ursachen, namentlich einem eingetretenen Nothstande, aber auch lediglich aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, damit durch den Verkauf geeignetere Fideicommißobjecte genommen würden, gestatten. Natürlich ist in diesem Fall der Besitzer auf die ihm freigegebene Art von Veräußerungen beschränkt. Von einer derartigen begrenzten Veräußerungsbefugniß ist wohl auch zu verstehen die Bestimmung des Bayerischen Landrechts III C. 10 § 24: „Fideicommiss-Güter können — alienirt werden — 3tio. Wenn Fideicommittens selbst Potestatem alienandi gegeben hat".[258]) Etwaige Zweifel gegen die Möglichkeit, die Veräußerung sämmtlicher Fideicommißgüter dem Besitzer bei besonderen Veranlassungen zu gestatten, werden sofort durch die Erwägung beseitigt, daß es dem Stifter unbenommen ist, der Stiftung einen dies, und zwar auch einen Endtermin, und eine condicio, und ebenfalls auch eine Resolutivbedingung hinzuzufügen. Als eine Resolutiv-

---

[255]) A. a. O. III C. 10 § 24 N. 5.

[256]) L. c. XI n. 472 sq.

[257]) Peregrinus l. c. art. 40 n. 43. n. 45. n. 62. Fusarius l. c. qu. 549 n. 5. n. 10.

[258]) Auch im neueren Bayerischen Recht ist eine derartige Befugniß des Stifters anerkannt: Gesetz vom 11. September 1825 § 3. Vgl. Pözl, Bayerisches Staats-Verfassungs-Recht S. 92.

bedingung für die Existenz des Fideicommisses ist denn auch die Thatsache aufzufassen, bei deren Eintritt der Stifter die Veräußerung sämmtlicher Fideicommißgüter gestattet hat. Eine wirkliche Erlaubniß des Stifters, die Fideicommißgüter ganz oder zum Theil zu verkaufen oder zu vertauschen wird nun natürlich nur sehr selten vorkommen (wohl niemals die, solche zu verschenken), häufiger dagegen ist die, bis zu einem gewissen Betrage das Fideicommiß mit Schulden zu belasten, was denn natürlich in dem gleichen Maße einen Verkauf der Fideicommißgüter zur Folge haben kann.

Auch die Particulargesetzgebung ist vielfach von dem absoluten Verbot der Veräußerung von Fideicommißgütern abgegangen, indem sie sich dabei zum Theil der Mittel bedient hat, deren Statthaftigkeit wir für das gemeine Recht in Abrede stellen mußten.

Das ältere sächsische Recht gestattete, wie eine gänzliche Aufhebung, so auch eine Veränderung des Fideicommisses aus erheblichen Gründen mit Consens aller Interessenten und unter Mitwirkung des Gerichts, jedoch nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß von den zum Fideicommiß berufenen Verwandten des Stifters keiner mehr am Leben wäre, der mit ihm im ersten oder zweiten Grade verwandt[259]). Und die Anwendung dieser Bestimmung auf Veräußerungen einzelner Fideicommißgegenstände kann m. E. keinem Zweifel unterliegen. Das Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hat in dieser Hinsicht folgende Anordnung getroffen (§ 2535): „Haben sämmtliche am Leben befindliche Anwärter, für Diejenigen, welche bei dem Tode ihres Vaters empfangen, aber noch nicht geboren sind, deren Vormünder in die Veräußerung eingewilligt, so kann diese von Nachgeborenen nicht angefochten werden, welche falls sie zur Zeit der Veräußerung gelebt oder die Rechte Geborener gehabt hätten, auf die Anwartschaft berechtigt gewesen wären".

Das Bayerische Landrecht läßt die Veräußerung von Fideicommißgütern unbedingt zu, wenn dies zur Tilgung von Fideicommißschulden nothwendig ist, ferner rei publicae caussa und sonst aus dringenden Gründen, endlich auch lediglich im Interesse der Familie[260]). Im ersten Fall bedarf es zur Gültigkeit der Veräußerung keiner weiteren Voraussetzung, in dem letzten wird Consens der Agnaten gefordert und wenn das für das Fideicommiß an Stelle des veräußerten zu erwerbende Gut außer Landes belegen ist, außerdem auch

---

[259]) Decision X vom Jahre 1746.

[260]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 24: „Fideicommiss-Güter können — alienirt werden — 5to. Wenn es von der Lands-Herrschaft ex Causa publica oder anderer hocherheblicher Ursach bewilliget wird, oder 6to. zum Nutzen der Familie gereicht und etwan ein besseres oder einträglicheres Surrogatum hergestellt wird, welches jedoch auch mit Bewilligung der Agnatschaft ohne Lands-herrlichen Consens nicht gestattet werden solle, sofern es außer Land liegt. 7mo. Wenn es zu Entrichtung obverstandener Fideicommiss-Schulden die Noth erheischt.

noch landesherrliche Erlaubniß, welche in den übrigen Fällen gleichfalls nothwendig ist, woraus es sich auch erklärt, daß die einzelnen Gründe, aus denen hierbei die Veräußerung gestattet werden konnte, nicht näher angegeben sind. Die obrigkeitliche Mitwirkung hält das Landrecht in keinem Falle für nothwendig, sondern nur bei der zum Nutzen der Familie, sowie auch bei der unter Mitwirkung aller lebenden Anwärter vorgenommenen Alienation für nützlich[261]). Das Edict über die Familien-Fideicommisse fordert zu jeder Verfügung über die Substanz des Fideicommisses Genehmigung des Gerichts, welches vorher darüber die Anwärter zu hören hat[262]), handelt es sich dabei um Lehn- und abhängige Bauergüter, welche zum Fideicommiß gehören, auch noch die des Lehn- resp. Grundherrn, und bei den durch königliche Dotation gestifteten Fideicommissen königliche Erlaubniß[263]). Die Veräußerung von Grundstücken und Realrechten setzt zu ihrer Gültigkeit, abgesehen von dem Fall, wo dies zur Bezahlung von Fideicommißschulden erster Classe nothwendig ist[264]), und wo es sich um die Ablösung von grundherrlichen Rechten handelt[265]), außerdem

---

[261]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 24 N. 8: „Wobey endlichen auch 8vo· zu merken ist, daß in dem 1ten und 6ten Fall die Obrigkeitliche Authorität zur Gültigkeit einer solchen Alienation zwar nicht nöthig, doch allerwegen der mehrern Sicherheit halbar, rathsam und dienlich ist".

[262]) Edict § 49: „Zu allen Veräußerungen, desgleichen zu allen Veränderungen an der Substanz des Fideicommisses, z. B. durch Ankauf eines Gutes aus den vorhandenen Fideicommiß-Capitalien, durch Ablösung fruchtbringender Realrechte wird nach Vernehmung der Anwärter die Genehmigung des Gerichts erfordert". Ueber das vom Gericht hierbei zu beobachtende Verfahren bestimmt § 51: „Das Gericht muß alle bekannten Anwärter, und wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Curatoren, dann den Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist, darüber vernehmen, alle Verhältnisse genau prüfen, und nach reifer Erwägung der Gründe die Genehmigung ertheilen oder abschlagen".

[263]) Edict § 50: „Sind mit einem Fideicommisse lehen- erbzins- oder erbrechtbare Güter verbunden, so muß auch noch die Einwilligung des Lehen- oder Grundherrn, und hinsichtlich der durch Königliche Dotation gegründeten Fideicommisse die Königliche Einwilligung vorher erholt werden".

[264]) Edict § 65: „Die Veräußerung der zu einem Fideicommisse gehörenden Grundstücke und Realrechte kann nur mit Einwilligung des Gerichts in dem Falle statt finden, wenn die Gläubiger wegen Fideicommiß-Schulden Ir. Classe auf die Zahlung bringen, und nach Vernehmung der Anwärter sich bezeigt, daß sie auf andere Weise nicht befriedigt werden können. Insbesondere darf das Grund-Vermögen, worauf das Fideicommiß ruhet, nicht veräußert werden, so lange noch unter dem Fideicommiß-Vermögen andere zur Zahlung dieser Schulden hinreichende Objecte sich befinden".

[265]) Edict § 67: „Die zum Fideicommisse gehörigen grundherrlichen Rechte können zwar durch gemeinsames Einverständniß des Grundherrn und des Grundholden abgelöset, sie sollen aber wo möglich in eine beständige Rente an Getreide verwandelt werden".

noch voraus die Einwilligung sämmtlicher bekannten Anwärter, so wie des etwa vorhandenen Curators. Auch darf die Genehmigung Seitens des Gerichts nur dann ertheilt werden, wenn die Alienation für das Fideicommiß von wesentlichem Nutzen ist[266]).

In Oesterreich unterlagen in früherer Zeit zufolge dem Gesetz vom 9. Mai 1765[267]) alle Geschäfte de onerando und transferendo fideicommisso, ganz wie de erigendo der kaiserlichen Genehmigung. Das Gesetzbuch für Westgalizien von 1797 § 426 bestimmt: „Ein Fideicommiß kann nicht anders als mit einstimmiger Einwilligung des Nutzeigenthümers und aller Anwärter veräußert werden"; sieht aber von der kaiserlichen Einwilligung ganz ab. Das Bürgerliche Gesetzbuch dagegen läßt jede Verfügung über die Substanz des Fideicommisses bedingen durch die Genehmigung des Gerichts, welche dieses jedoch erst nach Vernehmung der bekannten Anwärter, des Fideicommißcurators, sowie eines der Nachkommenschaft zu bestellenden Curators ertheilen darf[268]).

---

[266]) Edict § 66: „Außer diesem Falle (scil. des § 65) können solche Immobilien und Real-Rechte nicht anders als mit Einwilligung aller bekannten Anwärter und des Fideicommiß-Vertreters, wenn einer bestellt ist, sodann mit Genehmigung des Gerichts veräußert, und diese Genehmigung kann nur alsdann ertheilt werden, wenn die Veräußerung dem Fideicommisse einen beträchtlichen und bleibenden Nutzen gewährt". Der § 68 enthält eine Vorschrift über die Verwendung des Kaufpreises resp. des Ablösungs-Capitals. Es heißt nämlich hier: „Im Falle des § 66 so wie, wenn im Falle des § 67 ein Ablösungs-Capital bedungen worden, muß der Kauf-Preis oder das Ablösungs-Capital zum Besten des Fideicommisses, besonders zum Ankauf fruchtbringender Realitäten verwendet, und bis es geschehen kann, gegen hypothecarische Sicherheit verzinslich angelegt werden. Insbesondere darf sich weder der Fideicommiß-Besitzer noch ein Anwärter dabey einen Privat-Vortheil bedingen".

[267]) Codex Austr. VI S. 689.

[268]) A. B. G. B. § 633. § 634: „Zu diesen (scil. im § 633 angegebenen) Veränderungen bedarf er (scil. der Besitzer) der Genehmhaltung der ordentlichen Gerichtsbehörde. Diese muß alle bekannte Anwärter, oder, wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Curatoren, dann den Curator des Fideicommisses und der Nachkommenschaft vernehmen, die Wichtigkeit der Gründe beurtheilen, und insbesondere bey Bewilligung der Zerstückung der Grundstücke dafür sorgen, daß das in den politischen Verordnungen vorgeschriebene Maß beobachtet werde. Das dabey bedungene Entgeld wird als ein Fideicommiß-Capital angelegt". Da das Gesetz nur Vernehmung der Anwärter fordert, so ist selbstverständlich, daß das Gericht ex iusta caussa seine Genehmigung zur Veräußerung auch dann ertheilen darf, wenn die Agnaten oder der eine oder andere derselben ihre Einwilligung verweigern. Eine solche iusta caussa kann natürlich das wahre Interesse des Fideicommisses sein, und in so fern stimme ich mit Wildner (Fideicommiß-Recht S. 144) überein, welcher daraus, daß das Gesetz der Regel nach Niemanden zur Abtretung des Obereigenthums an einen Privaten zu zwingen Veranlassung habe, folgert, daß der Fall einer Bewilligung der Veräußerung von Fideicommißobjecten

Das Preußische Landrecht stellt als Erforderniß für die Gültigkeit eines Veräußerungsgeschäfts auf das Zustandekommen eines Familienschlusses[269]), wozu Uebereinstimmung sämmtlicher lebender Familienglieder und der Vormünder der bereits concipirten[270]), mit hinzutretender gerichtlicher causae cognitio und Bestätigung[271]) gehört. Diese Bestimmungen sind auch anerkannt worden durch das Gesetz über Familienschlüsse bei Familien-Fideicommissen, Familienstiftungen und Lehnen vom 15. Februar 1840, welches gleichfalls (im § 1) ausdrücklich als Regel aufgestellt hat, daß „zu Rechtsgeschäften, welche die Substanz eines Familienfideicommisses betreffen, — ein Familienschluß erforderlich" sei, und dessen Bestimmungen sich hauptsächlich auf das Zustandekommen eines solchen Familienschlusses beziehen[272]). Nur in so fern ist in diesem Gesetz eine Aenderung eingetreten, als es nach demselben eines Familienschlusses nicht bedarf: „(2) wenn Verfügungen über das Fideikommiß in Folge einer Rechtsverbindlichkeit getroffen werden sollen; (3) zu dem Um-

---

gegen Willen der Anwärter durch das Gericht Ausnahme sei, und nur dann eintreten dürfe, wenn ohne Veräußerung der Zweck des Fideicommiß-Stifters nicht erreicht werden könnte. Dafür, daß das Gut nicht unter seinem wahren Werth veräußert werde, sorgt das Gesetzbuch durch folgende Bestimmung des § 637: „Der Werth eines Fideicommiß-Gutes, wenn es vertauscht oder verschuldet werden soll, wird durch die gerichtliche Schätzung; wenn es aber zu Geld gemacht werden soll, durch öffentliche Versteigerung bestimmt".

[269]) § 78 A. L. R. II, 4: „Wenn also mit der Substanz der zum Fideicommisse gewidmeten Güter durch Tausch oder sonst, Veränderungen vorgenommen werden sollen: so muß dieses durch einen Familienschluß geschehen". Vgl. § 76: „In allen Fällen, wenn bei getheiltem Eigenthume die Einwilligung des Obereigenthümers zu einer Verfügung erforderlich ist, muß dieselbe bei Fideicommissen durch einen Familienschluß getroffen werden". § 77: „Wegen Aufnehmung eines solchen Familienschlusses gilt bei Fideicommissen alles das, was bei Familienstiftungen vorgeschrieben ist".

[270]) § 42 A. L. R. II, 4: „Zur Abfassung eines solchen Familienschlusses müssen alle Mitglieder zugezogen, und denjenigen, welche wegen minderjährigen Alters oder sonst, ihren Sachen nicht selbst vorstehen können, Vormünder bestellt werden". § 43: „Letzteres muß geschehen, auch wenn die Väter solcher minderjährigen Familienmitglieder noch am Leben sind". § 44: „Wenn neue Familienmitglieder innerhalb des Dreihundert zweiten Tages nach der von ihren Aeltern geschehenen Vollziehung des Familienschlusses geboren werden; so sind in Ansehung ihrer die Vorschriften § 42. 43 zu beobachten". § 45: „Später geborne Familienmitglieder müssen den Schluß der Familie schlechterdings anerkennen". Daß man unter der Zuziehung aller Familienmitglieder auch wirklich die Zustimmung derselben zu verstehen hat, geht aus den vorangegangenen §§ 39—41 hervor, wo von einstimmigem Familienschluß die Rede ist.

[271]) § 46 A. L. R. II, 4: „Dergleichen Familienschlüsse sollen gerichtlich geprüft und bestätigt werden".

[272]) Gesetz vom 15. Februar 1840 §§ 2—14.

tausche einzelner Gutsparzellen oder Pertinenzien gegen andere Grundstücke, in so weit als diese letzteren in der nämlichen Feldmark, wie das Gut, oder doch in einer unmittelbar angrenzenden Feldmark gelegen sind; (4) zur Veräußerung einzelner Gutsparzellen oder Pertinenzien zum Zweck der Erwerbung anderer innerhalb der zu 1.[273]) bemerkten Grenzen liegenden Grundstücke, in so fern dergleichen wirklich erworben und dem Fideikommiß einverleibt werden; (5) — zur Anlegung von Fideikommiß-Kapitalien in Grundeigenthum, sofern dieselben nicht nach der Stiftung als Geld-Fideikommisse erhalten werden müssen; insonderheit auch zur Wideranlegung der nach Abzug der Schulden übrig gebliebenen Kaufgelder eines subhastirten Fideicommißgutes zu Fideikommiß". Vielmehr genügt in allen diesen Fällen die Zuziehung zweier Anwärter[274]) und zwar, wenn die zum Fideicommiß berufene Familie nur noch aus einer Linie besteht, der beiden nächsten aus eben dieser[275]), wenn jedoch deren mehrere vorhanden sind, des nächsten Anwärters aus der im Besitz befindlichen Linie und des ältesten aus der dieser zunächst berechtigten Linie[276]).

Das Badische Landrecht läßt die Veräußerung von Stammgütern gültig werden durch landesherrliche Genehmigung, welche gleichfalls causa cognita ertheilt wird; und zwar wird die Zustimmung der Agnaten in diesem Fall ausdrücklich als unwesentlich bezeichnet, wenn schon dieselben gehört werden müssen[277]). Die Veräußerung einzelner Nebenstücke und Pertinenzen ist sogar ohne jene Genehmigung zuläßig[278]), nur wird hierbei den Stammgutsberech-

---

[273]) Das muß 3 heißen.

[274]) Gesetz vom 15. Februar 1840 § 16: „In allen diesen Fällen (§ 15) genügt die Zuziehung zweiter Anwarter in eben der Weise, wie es die §§ 87 u. f. Tit. 4 Theil II des Allgemeinen Landrechts bei Verschuldung der Fideikommiß-Einkünfte vorschreiben" —.

[275]) § 89 A. L. R. II, 4.

[276]) § 88 A. L. R. II, 4. Ueber das zur Erzielung des Consenses dieser Anwärter oder bei einer Supplirung desselben zu beobachtende Verfahren, handeln die §§ 16—18 des Gesetzes vom 15. Februar 1840.

[277]) Badisches Landrecht Art. 577 cf.: „Das Stammgut im Ganzen, auch jedes Hauptstück, das nämlich ein selbständiges Ganzes, nicht blos eine Zugehörde ausmacht, kann nicht ohne Staats-Gutheißen veräußert werden. Dieses wird bei dem Staatsoberhaupt gesucht, von dem es nach Vernehmung der Stammgutsberechtigten und des Kronanwalts des obersten Gerichts bewilligt, oder abgeschlagen wird, ohne an die Einwilligung der Stammgutsberechtigten gebunden zu sein, wenn nur der Erlös bis zur gesetzlichen Ertragserforderniß wieder in Stammgut verwandelt wird".

[278]) Badisches Landrecht Art. 577 cg.: „Einzelne Nebenstücke und Zugehörden des Stammguts können veräußert werden, wenn nur die Veränderung zur Landtafel angezeigt, und der Werth, soweit er nicht auf rechtmäßige Schuldenzahlung aufgeht, wieder in Liegenschaften dem Stammgut beigeschlagen oder dazu verliegenschaftet wird. Ohne dieses ist die Veräußerung ungültig.

tigten ein Retractrecht fremden (nicht zur Fideicommißfamilie gehörigen) Erwerbern solcher Sachen gegenüber eingeräumt[279]). In beiden Fällen aber soll der Erlös, im ersten wenigstens soweit, daß das gesetzliche Minimum des Werths der Fideicommißgüter eingehalten wird, wieder zum Ankauf von Immobilien verwendet, und diese dem Stammgut zugeschlagen werden.

Das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837, welches die Stammgutsqualität eines Guts durch eine nothwendige Subhastation untergehen läßt, gestattet eine Veräußerung der Fideicommißgüter mit Consens sämmtlicher lebender Fideicommißinteressenten und landesherrlicher Genehmigung[280]). Zur Veräußerung einzelner Pertinenzen der Fideicommißgüter verlangt das Gesetz nur landesherrliche Erlaubniß, fordert jedoch, daß an Stelle der veräußerten Grundstücke solche von gleichem Ertrag dem Fideicommiß zugeschlagen werden[281]). Die gleichen Bestimmungen enthält das Gesetz vom 20. Mai 1858[282]).

Endlich verordnet auch das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 (Art. 19), — „Veräußerung — der Substanz des ganzen Fideicommiß-Vermögens" ist „dem Fideicommiß-Besitzer nur mit Zustimmung sämmtlicher schon geborner oder erzeugter Anwärter gestattet", und läßt nur dann, wenn ein Veräußerungsgeschäft sich auf einzelne Stücke des Fideicommisses bezieht, eine Supplirung des Consenses der Anwärter oder einzelner

---

279) Badisches Landr. Art. 577 ch.: „Der Stammgutsberechtigte hat alsdann wenn der Erwerber ein Fremder ist, das Recht, in den Erwerb unter gleichen, Bedingungen in gesetzmäßiger Zeit und Art einzustehen".

280) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 24: „Die Stammgutsqualität erlischt, wenn das Stammgut im Wege einer nothwendigen Suhastation verkauft wird. Außerdem kann die Stammgutsqualität nur aufgehoben werden mit Zustimmung sämmtlicher lebender zur Gutsnachfolge Berechtigter und unter hinzukommender landesherrlicher Genehmigung, so wie denn auch unter denselben Voraussetzungen die in den §§ 22 und 23 enthaltenen Bestimmungen über die Unveräußerlichkeit und Vererbung der Familienstammgüter — abgeändert werden — können". Diese Vorschrift wird man nämlich nicht unbedingt und allein auf eine Abänderung der Statuten zu beziehen haben, sondern sie auch auf ein Abgehen von der statutenmäßigen Unveräußerlichkeit im einzelnen Fall anwenden können.

281) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 22: „Dem Stammgutsinhaber ist die freiwillige Veräußerung einzelner Stammgutspertinenzien in dem Falle gestattet, wenn Stücke von erweislich gleichem Ertrage an deren Stelle gesetzt werden, uud dazu die landesherrliche Genehmigung ertheilt wird".

282) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 8: „Die Stammgutsqualität erlischt — 2) an einzelnen Theilen, wenn diese im Wege der nothwendigen Subhastation verkauft werden. — 4) Außerdem kann die Stammgutsqualität aufgehoben werden mit Zustimmung sämmtlicher lebender zur Gutsnachfolge Berechtigten und unter hinzukommender Landesherrlicher Genehmigung. Die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder werden dabei durch ihre Väter vertreten. Im Falle jedoch

derselben durch das competente Gericht ex iusta caussa, namentlich im Interesse der Fideicommiß-Familie selbst zu[283]).

Für die Fälle erlaubter Veräußerungen stellen die älteren Juristen noch gewisse Voraussetzungen auf, deren Vorhandensein sie für die Ausübung der Veräußerungsbefugniß für erforderlich halten. Zunächst soll der Fideicommißbesitzer davon nur Gebrauch machen, wenn keine freien, d. h. dem Fideicommißnexus nicht unterworfenen Sachen vorhanden sind[284]), wobei die communior, opinio dem, welcher die Veräußerung aufrecht erhalten wollte, den Beweis des Vorhandenseins des gedachten Requisits aufbürdete[285]). Dies ist auch durch das Bayerische Landrecht bestätigt worden[286]). Ferner wird vorausgesetzt, daß auch die Früchte des Fideicommisses nicht ausreichen, um das vorhandene Bedürfniß

---

keine andere Familienglieder, als nur Kinder und Kindeskinder des Stammguts-Besitzers vorhanden sind, so sind für sie, auch wenn sie noch in väterlicher Gewalt befindlich, zur Abgabe der erforderlichen Erklärung Curatoren zu bestellen; nicht mehr in väterlicher Gewalt befindliche volljährige Kinder und Kindeskinder vertreten sich selbst. Unter denselben Voraussetzungen können auch die in den §§ 3 bis 6 enthaltenen Bestimmungen über die Unveräußerlichkeit — der Familien-Stammgüter — im Wege des Vertrages auf eine den Bestimmungen dieses Gesetzes wesentlich nicht widerstreitende Weise — modificirt werden". § 3 (ganz gleichlautend mit § 22 des Ges. vom 28. März 1837).

[283]) Großherzogl. Hess. Ges. vom 13. September 1858 Art. 20: „Beziehen sich die im vorigen Artikel bezeichneten Rechtsgeschäfte nur auf einzelne Theile des Fideicommiß-Vermögens, so kann das Gericht (Art. 6) die Einwilligung der Anwärter oder Einzelner derselben ergänzen, wenn 1) das in Frage stehende Geschäft zur Erhaltung des Fideicommisses in seiner ordnungsmäßigen Beschaffenheit nothwendig oder aus überwiegenden Gründen nützlich und im Interesse der Familie liegend befunden, und 2) der zur Errichtung eines Fideicommisses erforderliche Vermögensbestand (Art. 2) vorhanden und schuldenfrei bleibt. Auf das Vorhandensein des letzteren Erforderniſſes kommt es in dem Falle nicht an, wenn eine Anleihe zum Zwecke einer nach Art. 24 zu bezahlenden Abfindung oder Ausstattung aufzunehmen ist".

[284]) Molina l. c. I c. 10 n. 4. IV c. 7 n. 2. Knipschildt l. c. XI n. 478. Beck l. c. p. 12 sq. p. 34. p. 41 sq.

[285]) Molina l. c. IV c. 7 n. 34. Peregrinus l. c. art. 40 n. 22. Knipschildt l. c. XI n. 479. Beck l. c. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 18. Für die entgegengesetzte Meinung war Petra l. c. qu. 8 n. 460 in fin.

[286]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 18: — „kan mithin solches (scil. Fideicommiß) 2do. pro Quantitate Debiti jedoch andergestalt nicht, als in Subsidium hierum angegriffen werden, soweit nemlich keine andere von dem Fideicommittunte herrührende Allodial-Güter mehr vorhanden, oder wenigst nicht erklecklich seynd, als welches 3tio. der Alienant entweder durch das Jnventarium, oder sonst in anderweg glaublich darthun, auch 4to. auf dem Fall, wenn sich der-

zu decken[287]). Außerdem geben jene Schriftsteller gewisse Regeln, welche bei Veräußerungen allgemein zu beobachten seien. Danach sollen zuerst unfruchtbare und solche Sachen, welche nicht aufbewahrt werden können, veräußert werden[288]); ferner Mobilien vor den Immobilien[289]). Endlich soll die Veräußerung in Betreff der von derselben ergriffenen Güter nicht über das Bedürfniß hinausgehen[290]).

Diese Regeln bedürfen indeß einer Revision. Die erste ist richtig; nur ist zu beachten, daß jene freien Güter, wie dies aus der von den angeführten Juristen allegirten L. 38 pr. in fin. De legat. III (32): — Idem quaesiit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset; schon hervorgeht, eben vom Fideicommißstifter herrühren müssen, wobei also vorausgesetzt wird, daß der Fideicommißbesitzer zugleich Allodialerbe jenes geworden. Sodann ist auch, wie schon die älteren Juristen hervorheben[291]), eine Veräußerung, bei der gegen diese Regel verstoßen wird, nicht ganz und gar ungültig, sondern nur, soweit das Bedürfniß durch die vorhandenen freien Güter hätte gedeckt werden können[292]).

Dagegen dürfte das Verbot, Fideicommißgüter zu veräußern, so lange durch die Früchte derselben dem Bedürfniß abgeholfen werden könnte, zu re-

---

gleichen Allodialia erst nach beschehener Fidicommiss-Veräusserung bezeigen, denen Fideicommiss-Substitutis vergnügliche Satisfaction verschaffen muß".

[287]) Molina l. c. IV c. 6 n. 15. Knipschildt l. c. XI n. 484.

[288]) Petra l. c. qu. 15 n. 226. Knipschildt l. c. XI n. 485. Beck l. c. p. 42.

[289]) Knipschildt l. c. XI n. 486. Beck l. c. Das bestimmt auch das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse § 65 (s. o. Note 264).

[290]) Petra l. c. qu. 8 n. 311. Peregrinus l. c. art. 40 n. 26. Fusarius l. c. qu. 535 n. 22. Knipschildt l. c. XI n. 487. Beck l. c. p. 33. p. 43.

[291]) Molina l. c. IV c. 7 n. 6. Knipschildt l. c. XI n. 481—483.

[292]) Die von Molina (l. c. n. 8) aufgestellte Behauptung, daß das Requisit des Nichtvorhandenseins von freien Gütern sowohl für die Zeit der Contrahirung der Obligation als der Erfüllung derselben erfordert werde, kann man m. E. wohl schwerlich für richtig halten, denn, wenn einmal die Obligation gültig contrahirt ist, so kann auch deren Erfüllung nicht durch einen später eintretenden Umstand, der allerdings, wenn er früher vorhanden gewesen, der Obligation im Wege gestanden, verhindert werden; und man darf doch nicht zu der Fiction seine Zuflucht nehmen, die Obligation sei unter der stillschweigenden Bedingung eingegangen, daß bis zur Erfüllung der Veräußerer keine freie Güter erwerben werde. Mit demselben Recht könnte auch das erfüllte Veräußerungsgeschäft angefochten werden, wenn erst nach der Erfüllung freie Güter erworben würden.

strigiren sein, indem, wenn nicht der Stifter selbst diese Beschränkung der ertheilten Erlaubniß, zu veräußern, hinzugefügt hat, die Einkünfte des Fideicommisses nur so weit hierbei in Betracht kommen, als sie nicht zur Erhaltung, und zwar standesgemäßen Erhaltung des Besitzers erforderlich sind. Zu einem anderen Resultat kann uns auch nicht die für die aufgestellte Regel citirte L. 22 § 4 Ad SC. Treb. (36, 1) führen, denn, wenn hier bei Erörterung der Frage, ob eine von ihrem Vater zur Erbin eingesetzte Tochter, der für den Fall ihres kinderlosen Todes die Restitution der Erbschaft an einen Dritten aufgegeben, ihrem Mann eine Dos aus dem Fideicommiß geben dürfe, bemerkt wird: Quod si tantos fructus ex hereditate mulier perceperit, ut inde possit doti satis fieri, dicendum est potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso; so liegt hier die Sache doch wesentlich anders als bei einer für das Fideicommiß selbst nothwendigen Veräußerung, da die Dos ja eben mit zur Erhaltung der Frau bestimmt, also hierzu nicht noch besonders ein Theil der Früchte zu reserviren ist.

In Betreff der darüber aufgestellten Regeln, welche Güter zuerst zu veräußern seien, so sind dieselben wörtlich nicht anwendbar. Denn, wenn gesagt wird, man solle zunächst unfruchtbare Sachen verkaufen, so klingt das zwar ganz gut, nur ist nicht recht zu glauben, daß sich dazu leicht ein Käufer finden werde. Wollte man ferner die Regel, Mobilien vor Immobilien zu veräußern, stets beobachten, so würde man dadurch sehr häufig dem Willen des Stifters geradezu entgegen handeln, so wenn man einen alten Familienschmuck, den der Stifter mit Fideicommißqualität belegt, veräußern würde. Wir müssen daher diese einzelnen Regeln aufgeben, und können nur die allgemeine aufstellen, daß der Besitzer es sich angelegen sein lassen müsse, solche Sachen zu verkaufen, welche dem Fideicommiß eher entbehrlich sind, deren Veräußerung die Existenz desselben weniger gefährdet. Allein auch dies wird man schwerlich als eine Voraussetzung der Gültigkeit der Alienation bezeichnen können. Denn, selbst wenn der Besitzer ohne Noth Hauptbestandtheile des Fideicommisses verkauft, während leicht entbehrliche vorhanden sind, so kann deshalb, wenn er nicht durch die Stiftungsurkunde in der Wahl der zu veräußerenden Güter beschränkt ist, die Veräußerung selbst von den Fideicommißsuccessoren nicht angefochten werden, und nur der Veräußerer selbst, oder besser dessen Allodialerben könnten wegen dolus des ersteren bei einer das Fideicommiß gefährdenden Veräußerung von den Nachfolgern auf das Interesse belangt werden.

Das zuletzt aufgestellte Requisit werden wir festhalten müssen, wenn wir nicht bei jeder nothwendigen Veräußerung sofort die Existenz des Fideicommisses in Frage gestellt sehen wollen. Auch würde in diesem Fall eine Anfechtung der Veräußerung Seitens der Fideicommißinteressenten gegen den Erwerber der Sache weniger unbillig sein, als in dem vorher aufgeführten Falle, da man es diesem wohl zumuthen darf, daß er sich von der Größe der auf-

zubringenden Summe, und somit von dem Umfang, in welchem dem Besitzer die Veräußerung zusteht, überführe; nicht so davon, ob das Gut dem Fideicommiß mehr oder weniger entbehrlich sei. Aber es ist dies auch vollkommen consequent und juridisch begründet, denn an sich ist durch das Wesen des Familienfideicommisses jede Veräußerung verboten, und, wenn sie wirklich vorgenommen, ungültig; wird nun durch die besondere Art der Veranlassung eine Veräußerung erlaubt, so ist es nur so weit, als es jene Veranlassung bedingt, so weit wird auch die geschehene Veräußerung gültig, aber auch nur so weit.

§ 17.

Die Fideicommißschulden.

Aus dem Veräußerungsverbot folgt, wie wir früher bereits sahen, die Nichtigkeit der Verpfändung der Fideicommißgüter. Daraus ergiebt sich weiter, daß der Fideicommißbesitzer überhaupt keine Schulden contrahiren kann, für welche auch der Nachfolger verhaftet wäre [1]), denn da dieser Singularsuccessor ist, so tritt er nur in solche Verbindlichkeiten ein, welche auf den Gütern ruhen.

Diese Regel erkennen auch die Particularrechte an. So ist dieselbe ausgesprochen im Bayerischen Landrecht. Dieses bestimmt nämlich im Th. III C. 10 § 19 N. 7: „All andere Schulden seynd keine Fideicommiss-Schulden, und werden nicht ex Fideicommisso, sondern aus eignen Mitteln desjenigen, der sie gemacht oder ererbt hat, entrichtet"; und § 20 N. 5: „Kan kein Fideicommissarius ex Facto des anderen Fideicommissarii Jemand belangen, oder deswegen belangt werden, weil er Causam Successionis nicht von ihme, sondern a Fideicommittente hat". Und ebenso im Edict über die Familien-Fideicommisse, welches im § 53 verordnet: „Für die Allodial-Schulden des Fideicommiß-Besitzers haftet die Substanz des Fideicommisses nicht, und selbst dessen Früchte können dafür nicht weiter in Anspruch genommen werden, als sie dem schuldenden Besitzer nach Abzug der Fideicommiß-Lasten zukommen und mit Vorbehalt der Competenz. Die Fideicommiß-Folger können daher um die Allodial-Schulden des Vorgängers nur in so ferne belangt werden, als sie entweder zugleich dessen Allodial-Erben sind, oder sich für eine Schuld besonders verbürgt haben" [2]).

---

[1]) So auch Knipschildt, de fideicommissis familiarum XI n. 230; vgl. Gayll, practicae observationes II obs. 137 n. 4. Petra, de fideicommissis qu. 8 n. 315.

[2]) Die Bestimmung des Edicts, daß auch dem Fideicommißbesitzer selbst die Competenz verbleiben müsse, ist eine durchaus singuläre. Nach gemeinem Recht kann davon nicht die Rede sein, denn die Früchte werden allodiales Eigenthum des Fideicommißbesitzers und somit Executionsobject für seine Gläubiger. Eine derartige Anordnung kann daher auch durch den Stifter nicht gültig getroffen

Nichts desto weniger giebt es aber doch auch Schulden, für welche die Substanz des Fideicommisses verhaftet ist, welche demgemäß alle Fideicommißsuccessoren anerkennen und für welche sie freilich nur mit dem Fideicommißvermögen haften müssen. Diese Schulden nennt man Fideicommißschulden, wie man bei dem Lehn von Lehnschulden spricht, mit denen jene eine gewisse Aehnlichkeit haben, ohne daß ein Schluß von diesen auf jene unbedingt zuläßig wäre.

Als Fideicommißschulden erscheinen zuerst die Schulden des Stifters, aus welchem Verpflichtungsgrund diese auch immer herrühren mögen[3]). Hierfür findet sich ein ausdrücklicher Beleg für den Fall, wo das Fideicommiß durch Testament errichtet ist, in L. 114 § 14 De legat. I (30), wo der hier aufgestellte Satz, daß ein zu Gunsten gewisser Personen gesetztes Veräußerungsverbot beobachtet werden müsse, durch die Worte beschränkt wird: haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse. Nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur; und in L. 38 pr. De legat. III (32): Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommiserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit. Quaesitum est, an pignus recte contractum esset. Respondit secundum ea, quae proponerentur recte contractum. Idem quaesiit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt bene emerint. Respondi secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset. In diesen Stellen ist die Rede von einem Fideicommiß, dem einzelne Güter gewidmet waren. Die Möglichkeit, daß diese Güter für die Schulden des Stifters haften, ist eine zwie-

---

werden. Demgemäß haben auch andere Gesetze den Gläubigern eines Fideicommißbesitzers unbedingt das Recht gegeben, Execution in die diesem gebührenden Einkünfte des Fideicommisses nachzusuchen. So das Hannöversche Gesetz vom 13. April 1836 § 35: — „Den Creditoren des jeweiligen Fideicommiß-Besitzers verbleibt —, so lange dieser lebt, das Recht, sich wegen der von ihm selbst contrahirten Schulden mittelst Execution in die Aufkünfte des Majorats bezahlt zu machen". Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 22: — „Die Gläubiger des jeweiligen Inhabers haben, so lange dieser lebt, das Recht, sich wegen der von ihm selbst gemachten nicht consentirten Schulden durch Execution in die Aufkünfte des Stammguts bezahlt zu machen". Gesetz vom 20. Mai 1858 § 3 (gleichlautend).

[3]) Hierher gehört natürlich auch die Alimentations- und Dotationspflicht des Stifters und Aehnliches, was ältere Juristen, wie Molina, de Hispan. primog. IV c. 6 n. 2—5), Knipschildt (l. c. XI n. 234—334), Kreittmayr (Anmerkungen III C. 10 § 19 N. 3) noch besonders hervorzuheben und zu begründen, für nöthig halten.

sache. Entweder dieselben waren bereits vom Stifter verpfändet. Dann können durch das Veräußerungsverbot bereits erworbene Rechte dritter Personen nicht verletzt werden. Hierum handelt es sich in dem ersten Fall der zweiten Stelle. Oder die übrige Erbschaft reicht zur Deckung der Schulden des Erblassers nicht aus. Hiervon ist die Rede in L. 114 § 14 cit. und in dem zweiten Fall der L. 38 pr. cit. Der Grund liegt darin, daß die Vermächtnisse — und als ein solches ist ja der Erbschaft gegenüber die Anordnung eines Familienfideicommisses auch dann aufzufassen, wenn der erste Fideicommißbesitzer zugleich Erbe des Stifters geworden, — nur von dem Activvermögen des Erblassers, und soweit solches vorhanden, zu zahlen sind[4]), weshalb die vermachten Gegenstände, des Fideicommisses ungeachtet, dennoch zur Bezahlung der Schulden des Erblassers veräußert werden können. Rücksichtlich des ersten Falls würde freilich, wenn das Fideicommiß nicht zu Gunsten des Erben, sondern eines Dritten gestiftet, der Grundsatz zutreffen, daß der Erbe verpflichtet ist, die legirten Güter von den darauf haftenden Lasten, somit auch den darauf haftenden Hypotheken zu befreien, wenn dies als die Absicht des Testators anzunehmen, auf welche man jedoch bereits aus dem Umstand zu schließen hat, daß dem Testator die Hypothek bekannt gewesen[5]). Allein einmal wird doch eine entgegengesetzte Willensmeinung des Disponirenden zugelassen[6]). Und dann ist zu bemerken, daß, wenn die Römer diese Wegschaffung der Last als etwas nicht nur Mögliches, sondern auch nicht eben sonderlichen Schwierigkeiten Unterworfenes darstellen, dies seinen Grund darin hat, daß bei ihnen ein Zahlungstermin regelmäßig als im Interesse des Schuldners und nur ausnahmsweise als im Interesse des Gläubigers hinzugefügt gilt, der Schuldner also, wenn er will, auch früher zahlen darf; wogegen heutzutage bei dem gesteigerten Geldverkehr das Setzen eines dies beim verzinslichen Darlehn fast durchweg eben so wohl im Interesse des Gläubigers als des Schuldners zu geschehen pflegt[7]). Deshalb wird jetzt der Erbe, auch wenn er dem Willen des Testators gemäß bereit wäre, die zum Fideicommiß bestimmten Sachen von den darauf haftenden Lasten zu befreien, häufig wegen des Widerstandes des Gläubigers dazu gar nicht im Stande sein, sondern sich mit der Leistung des Werths an den Vermächtnißnehmer, hier also mit der Vermehrung des Fideicommißvermögens um diesen Betrag begnügen müssen, wo dann die Hypothek auf dem Fideicommißgut stehen bleibt. Die Entscheidung der L. 114 § 14 cit. und der L. 38 pr. cit. in ihrem ersten Theil ist aber auch auf den Fall anzuwenden, wo eine ganze Erbschaft oder eine Quote derselben zum Fideicommiß bestimmt ist. Hier ist das Familienfideicommiß im Gegensatz zur Erbschaft als Universal-

---

[4]) L. 17 De mort. ca. donat. (39, 6). L. 6 pr. De separat. (42, 6).
[5]) L. 57 De legat. I (30). § 5. I. De legat. (2, 20). L. 6. C. fideic. (6, 42).
[6]) L. L. citt. [7]) Vgl. Keller, Pandekten § 260.

fideicommiß aufzufassen, auf diesem aber ruhen die Erbschaftsschulden[8]), soweit die Erbschaft restituirt, d. h. soweit das Familienfideicommiß aus der Erbschaft realisirt ist; wobei es natürlich keinen Unterschied macht, ob das Fideicommiß zu Gunsten des Erben und seiner Familie oder eines Fremden errichtet ist. Auch der erste Fideicommißbesitzer selbst kann als Gläubiger hier auftreten, soweit die Forderungen des Erben überhaupt aufrecht erhalten bleiben[9]).

Alles, was bisher über die durch Testament erfolgte Fideicommißerrichtung gesagt ist, gilt natürlich eben so von der in einem Erbvertrag geschehenen.

Ist aber das Familienfideicommiß durch ein Geschäft unter Lebenden angeordnet, so ist zu unterscheiden. Bei der Widmung des ganzen Vermögens zum Fideicommiß kann, wenn die Errichtung für die Familie des Stifters erfolgte, so daß letzterer selbst als erster Fideicommißbesitzer erscheint, auf die Verbindlichkeiten eben dieses das von ihm selbst gesetzte Veräußerungsverbot natürlich durchaus keinen Einfluß haben; ist dasselbe dagegen für eine andere Person und deren Descendenten gestiftet worden, so folgt aus dem Grundsatz: bona intelliguntur quae deducto aere alieno supersunt, daß den Gläubigern des Stifters, ungeachtet des Veräußerungsverbots, das Recht zusteht, den zur Deckung ihrer Forderungen nothwendigen Theil des zum Fideicommiß bestimmten Vermögens in Anspruch zu nehmen. Die Widmung einer Quote des Vermögens zu einem Familienfideicommiß durch ein Geschäft unter Lebenden kann in der Praxis niemals vorkommen; der Stifter muß in solchem Fall stets die Güter angeben, welche er als Gegenstand des Fideicommisses betrachtet wissen will, und danach kommt dieser Fall auf den folgenden heraus. Sind aber einzelne Sachen zum Fideicommiß bestimmt, so gilt in Betreff der mit Rücksicht auf eben diese vor dem Stiftungsact contrahirten, noch nicht bezahlten Schulden ganz dasselbe wie rücksichtlich der Schulden des Stifters überhaupt bei einem aus dem ganzen Vermögen errichteten Fideicommiß. Hier wie dort können durch die Stiftung bereits bestehende Rechte dritter Personen nicht verletzt werden. Durch das erst nachträglich gesetzte Veräußerungsverbot wird das an den Sachen haftende Pfandrecht eben so wenig aufgehoben, wie durch eine Veräußerung[10]). Hierbei stehen natürlich die Forderungen des Fideicommißbesitzers gegen den Stifter denen Fremder ganz gleich, es müßte denn der Stifter das Aufgeben derselben als Bedingung für die Erlangung des Fideicommisses gesetzt haben[11]).

---

[8]) L. 1. L. 2 C. Ad. SC. Treb. (6, 49).

[9]) So auch Knipschildt l. c. XI n. 217 extr. n. 223. XII n. 128 sq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 19 N. 1.

[10]) So Molina l. c. I c. 10 n. 9—12. Knipschildt l. c. XI n. 223 sq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 18. Richter, de fideicommissis familiarum p. 89. — Wir können zu demselben Resultat auch durch die Erwägung gelangen, daß die oben hervorgehobenen Bestimmungen des römischen Rechts analoge Anwendung auf alle Arten der Fideicommißerrichtung finden.

[11]) Salza, Familien-Fideicommisse S. 199 f.

Für persönliche Schulden des Stifters haften freilich solche zum Fideicommiß gewidmete Güter nicht, mit Ausnahme des Falls der Insolvenz desselben, wo sie der actio Paulliana Seitens der benachtheiligten Gläubiger unterliegen.

Zu demselben Resultat gelangt Gerber[12]). Er sagt, wie die ganze Stiftung eines Familienfideicommisses in der Willkür ihres Begründers liege, so dürfe er auch Schulden in das Fideicommißvermögen aufnehmen. Jeder Nachfolger habe dieselben zu übernehmen vermöge seiner Universalsuccession in das Fideicommißvermögen des Stifters.

Den Schulden des Stifters stehen gleich die Kosten des Begräbnisses desselben[13]), ebenso die bei der Ausmittelung und Regulirung des Nachlasses entstandenen Kosten[14]), und die Forderungen gegen den Nachlaß, wie der Pflichttheil der Notherben[15]) wenn schon diese nur dann als Fideicommißschulden ganz oder pro parte erscheinen, wenn der gesammte Nachlaß oder eine Quote desselben Gegenstand des Fideicommisses ist, oder, wenn dies einzelne Sachen sind, unter der Voraussetzung, daß das übrige Vermögen zur Deckung nicht hinreicht.

In gleicher Weise haben die Qualität von Fideicommißschulden die Schulden, welche der Besitzer contrahirt hat, um solche des Stifters abzutragen; und zwar nicht nur, wenn dafür die Fideicommißgüter ausdrücklich verpfändet sind, wofür wir uns wieder auf L. 38 pr. De legat. III berufen können; denn auch wenn der Besitzer sich nur persönlich für die Rückzahlung derselben verpflichtet haben sollte, und die Schuld daher von den Gläubigern auch nur gegen ihn und seine Allodialerben eingeklagt werden könnte, so wären doch die letzteren berechtigt, dafür Wiedererstattung von den Fideicommißsuccessoren unter dem Gesichtspunkt der nothwendigen Verwendungen zu fordern[16]). Hieraus folgt weiter, daß, wenn der Besitzer zur Abtragung solcher Schulden keine neuen contrahirt, sondern dieselben aus seinen eigenen Mitteln getilgt hat, er dadurch eine Forderung erwirbt, die gleichfalls als Fideicommißschuld erscheint und von seinen Allodialerben gegen die Fideicommißsuccessoren geltend gemacht werden kann[17]). Auch können in diesem Fall die Fideicommißgüter als Executionsobject behandelt werden.

Dasselbe gilt von dem Geldaufwand, welchen ein Besitzer zur Ablösung dinglicher Lasten der Fideicommißgüter gemacht hat[18]), und von allen impen-

---

[12]) Zur Lehre von den Lehns- und Familienfideicommißschulden in der Gießener Zeitschr. Neue Folge Bd. XI S. 195—197.

[13]) Knipschildt l. c. XI n. 217. XII n. 176. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 19 N. 4.

[14]) Knipschildt l. c. XII n. 177 sq. Kreittmayr a. a. O.

[15]) Knipschildt l. c. XI n. 309. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 19 N. 1 u. 2. Salza a. a. O. S. 200.

[16]) Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 19 N. 4.

[17]) Ebenso Richter l. c. p. 89.

[18]) Molina l. c. I c. 10 n. 26. Knipschildt l. c. XI n. 228.

sae necessariae[19]), wie außerordentlichen Deichlasten, die der Fideicommißinhaber hat tragen müssen, überhaupt Kosten, die aufgewendet sind, um die Güter vor Ueberschwemmungen zu schützen, Kosten zum Wiederaufbau von durch außerordentliche Unglücksfälle zerstörten oder auch baufälligen Gebäuden[20]) Kosten, die gemacht sind, um verwüstete Grundstücke wieder in Cultur zu setzen, bedeutendere Kosten des Processes, in dem Güter für das Fideicommiß erstritten sind[21]). Der Grund hierfür liegt darin, daß ohne Aufwendung dieser Kosten die Güter dem Fideicommiß entweder ganz verloren gegangen oder der Werth derselben beträchtlich vermindert worden wäre, so daß also in jedem Fall das Fideicommiß eine Einbuße erlitten haben würde. Um diese zu vermeiden, muß man dem Besitzer die Befugniß geben, die dazu nöthigen Geldmittel auf die Substanz des Fideicommisses aufzunehmen, und auch ohne ausdrückliche Verpfändung dieselbe dafür haften lassen. Dies folgt, wie Gerber[22]), der bei diesen Schulden von Nachstiftung spricht, treffend hervorhebt, aus der Natur der Sache, d. h. aus dem Geist der Stiftung selbst. Denn der jeweilige Besitzer soll alles das thun, um die Fideicommißsachen möglichst in der überkommenen Gestalt seinem Nachfolger zu überlassen, was der Stifter, als diligens pater familias, selbst gethan haben würde. Daraus ergiebt sich die Nothwendigkeit daß die aufgewendeten Kosten mit den dadurch abzuwendenden Verlusten in einem richtigen Verhältniß standen, nicht aber unbedingt, daß der dadurch beabsichtigte Erfolg auch wirklich eingetreten ist; vielmehr würde das Fideicommiß für jene doch haften, auch wenn die bestimmten Güter trotz des auf sie gemachten Aufwandes durch einen außerhalb jeder Berechnung liegenden

---

[19]) Man darf aber keineswegs sagen, daß jede versio in rem eine Fideicommißschuld begründe, wie das von Richter (l. c. p. 90) geschieht, welcher unterscheidet eine versio in rem, die zum Nutzen des Fideicommisses geschehen, und Schulden, die zum speciellen Vortheil des nächsten Nachfolgers contrahirt werden. Letztere habe eben dieser Nachfolger, erstere jeder, auch spätere, Successor, ohne Rücksicht darauf, ob der Nutzen noch bestünde, anzuerkennen.

[20]) Molina l. c. I c. 1 n. 18 sqq. Geschah die Contrahirung derartiger Schulden mit königlicher Erlaubniß, so hält sie Molina (n. 15) für jeden Besitzer für verbindlich, nicht nur, wenn sie zur Erhaltung, sondern auch zum Nutzen des Fideicommisses erfolgte. Eine solche Verbindlichkeit statuirt im letzteren Falle auch Gerber (a. a. O. S. 200), wenn er bemerkt, daß zu den Fällen, in denen eine Fideicommißschuld entsteht, auch der gehören könne, wenn das Fideicommißl vermögen durch Ankauf eines neuen Pertinenzstücks vermehrt sei. Doch scheint ihm selbst dieser Fall zweifelhatt zu sein, indem er sagt, daß dies streng genommen eine neue Stiftung im Anschluß an die alte sei. Alsdann würden aber auch nicht die überkommenen Fideicommißgüter, sondern nur das angekaufte Pertinenzstück selbst für den dafürgezahlten Kaufpreis verhaftet sein.

[21]) Molina l. c. I c. 10 n. 24. IV c. 6 n. 28.

[22]) A. a. O. S. 198.

casus doch zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden wären[23]). Natürlich wird hierbei vorausgesetzt, daß der Besitzer die Aufwendungen auf das Fideicommiß nicht donandi animo gemacht hat, sonst aber ist es gleich, ob er deshalb ein Darlehn aufgenommen, oder jene aus seinem eigenen Vermögen bestritten hat; in diesem letzteren Fall würden seine Allodialerben als Gläubiger gegen die Fideicommißsuccessoren auftreten können[24]).

Die älteren Juristen rechnen noch manches unter die Fideicommißschulden, so die Schulden, welche ein Besitzer zu seinem nothwendigen Unterhalt contrahirt hat, Kosten des Begräbnisses eines solchen, in Ermangelung eigenen Vermögens, woraus dieselben hätten bestritten werden können, und sogar gewisse kleinere Schulden, welche eine exoneratio conscientiae beträfen[25]). Allein diese Schulden sind natürlich durchaus auszuscheiden; es giebt keinen Grund für den Successor, dieselben anzuerkennen, denn sollte dazu für ihn eine Nöthigung bestehen, so müßte er, was er nicht ist, Universalsuccessor des Vorgängers sein[26]). Dasselbe gilt von der Pflicht des Besitzers zur Sicherstellung und Rückgabe der ihm von seiner Frau gegebenen Dos oder zur Bestellung einer Wittwenversorgung für jene. In dieser Hinsicht betrachtet zwar die Mehrzahl der älteren Juristen allein die Verbindlichkeit des Stifters, die ihm und die seinem Sohn bestellte Dos zu restituiren, als Fideicommißschuld, um deren willen die Fideicommißgüter veräußert werden dürften, nicht aber die irgend eines Besitzers[27]), allein Kreittmayr giebt auch dies als streitig an, ob nicht bei jedem Fideicommißbesitzer die Pflicht zur Rückgabe der ihm bestellten Dos eine wahre Fideicommißschuld sei, wofür in Ermangelung eigenen Vermögens des Besitzers die Fideicommißgüter als Hypothek hafteten[28]). Er

---

[23]) Dies bemerkt Gerber (a. a. O. S. 199) rücksichtlich eines über die Fideicommißgüter geführten Processes. Auch wenn er verloren gegangen, gelten die Kosten desselben als Fideicommißschulden, wenn nur ein vernünftiger Grund für die Anstellung desselben vorlag.

[24]) So auch Gerber a. a. O. S. 200 f.

[25]) Knipschildt l. c. XI n. 231—233.

[26]) Das ist auch bereits die Ansicht von Molina (l. c. I c. 10 n. 32—34) und für den ersten Fall gleichfalls die des von ihm citirten Peralta (in L. 3 § 3 De her. inst. n. 131 sq.), der eine Verbindlichkeit des Successors zur Anerkennung derartiger Schulden nur alsdann annimmt, wenn der Stifter selbst zur Alimentation des Besitzers verpflichtet war, wo der Successor also in die Schuld des Stifters eintrete. Molina widerspricht sich jedoch selbst, wenn er an einem anderen Ort (l. c. IV c. 6 n. 8) dem Majoratsbesitzer die Befugniß giebt, pro alendis se et liberis die Fideicommißgüter zu veräußern, er müßte denn am ersteren Ort, was sich aber von selbst verstehen würde, nur eine persönliche Verbindlichkeit des Successors in Abrede stellen wollen.

[27]) Molina l. c. IV c. 6 n. 2 sq. n. 14. Knipschildt l. c. XI n. 245—255. n. 305; und die daselbst citirten Schriftsteller.

[28]) A. a. O. III C. 10 § 19 N. 3.

giebt an, daß die Verpfändung der Fideicommißgüter für die eingebrachte Dos zuweilen durch landesherrlichen Consens gestattet werde und macht selbst, ohne sich gerade direct für die bejahende Antwort zu entscheiden, dafür geltend, daß „die Verehelichung eine Sache sei, ohne welche sich der Zweck eines Fideicommisses, nämlich die Conservation der Familie nicht erreichen" lasse, weshalb mit gutem Grunde vermuthet werde, „daß die Verschreibung des Fideicommisses in solchem Fall der Intention des Stifters nicht entgegen sei". Er führt dafür eine (bayerische) geheime Raths-Resolution vom 6. Juli 1759 an, worin es heißt: „wird der gebettene Consens zur Versicherung des Heiraths-Guts als einer zur Conservation der Familie benöthigt", mithin auch der Eigenschaft eines Fideicommiss ganz gemässer Sach in der Hoffnung, daß circa quantum kein ungewöhnlicher Exceß zu Präjudiz der künftiger Fideicommiss-Successorum unterlaufen werde, hiermit gnädigst ertheilt". Eine derartige Begründung kann aber nicht für stichhaltig angesehen werden. Die Restitution der Dos ist durch eine stillschweigende Hypothek am Vermögen des Ehemanns gesichert. Aber man wird doch nicht sagen können, daß nur dadurch dem Manne eine Ehe ermöglicht werde. Und doch wäre nur, wenn dies richtig, der angegebene Grund zutreffend. Eben so wenig darf man sagen, daß von der dem Manne gewährten Möglichkeit, der Frau eine Wittwenversorgung zu bestellen, die Eingehung einer Ehe abhängig sei. Somit unterscheidet sich eine derartige Verbindlichkeit durchaus nicht von den anderen, die gleichfalls durch ein gesetzliches Pfandrecht gesichert sind, und die Niemand als Fideicommißschulden betrachten wird. Von den Particularrechten räumte freilich das Oesterreichische Patent vom 3. April 1787[29]), (§ 4) „jedem Fideicommiß-Besitzer, das Fideicommiß mag in liegenden Gründen oder Kapitalien bestehen, das Recht" ein, „von dem Drittel des Werthes oder Betrages des Fideicommisses seinen zum Fideicommiß nicht berufenen Kindern und seiner Gattin, wenn sie zu diesen Kindern nicht Stiefmutter ist, 4% zum Unterhalt anzuweisen".

---

[29]) Justiz-Gesetz-Samml. des Jahres S. 113. Die in diesem Gesetz dem Fideicommißbesitzer gegebene Befugniß kommt demselben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr zu, denn aus dem ihm nach diesem zustehenden Recht, ein Drittel des Fideicommißvermögens zu verschulden, folgt nicht von selbst wie das Wildner das Fideicommiß-Recht S. 210 (Note *) richtig hervorhebt das weitere, dem Fideicommiß eine erst von seinem Tode an wirksame Last aufzubürden. In jenem Falle nämlich verfügt er zunächst über die ihm zukommenden Nutzungen und erst möglicher Weise auch über fremde, im zweiten dagegen verfügt er gar nicht über die ihm gebührenden Nutzungen, sondern nur über fremde. Indirect freilich kann der Besitzer auch jetzt noch dasselbe erreichen, indem er ein dem dritten Theil des Werths des Fideicommisses entsprechendes Capital auf das Fideicommiß aufnimmt, welches in der gewöhnlichen Weise getilgt wird, und anordnet, daß aus den Zinsen jenes Capitals Frau und Kinder die Versorgung erhalten sollen.

Natürlich ist es dem Stifter unbenommen, dem Besitzer in Betreff der Verschuldbarkeit des Fideicommisses eine weiter gehende Befugniß einzuräumen, nur darf er ihm nicht das Recht geben, dasselbe beliebig mit Schulden zu belasten, weil dadurch der Charakter des Fideicommisses selbst aufgehoben würde, wie die gleiche Beschränkung rücksichtlich der vom Stifter dem Besitzer gegebenen Veräußerungsbefugniß bereits im vorigen Paragraphen hervorgehoben wurde.

Dagegen hat eine Einwilligung des Fideicommißsuccessors in die Contrahirung einer Schuld durch den Besitzer keineswegs die Wirkung, eine wirkliche Fideicommißschuld zu constituiren. In dieser Beziehung namentlich muß man eine analoge Anwendung der Lehre von den Lehnschulden unbedingt abweisen, weshalb ich auch die völlig gleiche Behandlung, welche die consentirten Lehnschulden und die s. g. consentirten Fideicommißschulden von Gerber[30]) erfahren, nicht billigen kann. Man darf nämlich nicht sagen, daß das Institut der consentirten Lehnschulden mit Nothwendigkeit aus der Natur des Lehns hervorgehe, vielmehr beruht dasselbe lediglich auf dem Gewohnheitsrecht, worauf freilich Gerber bei der Construction seiner Theorie keine Rücksicht nimmt. Indeß kann ich mich auch in Betreff der Fideicommißschulden nicht der Gerber'schen Ansicht anschließen, welcher behauptet, die Absicht der consentirenden Agnaten bei Contrahirung von Schulden durch den Fideicommißbesitzer sei quaestio facti. Der Agnat könne eine Bürgschaft übernehmen, oder in die Veräußerung des Guts, soweit er dabei betheiligt, zum Zweck der Bezahlung einwilligen[31]), oder eine wirkliche Verpfändung des Fideicommißguts oder der Früchte desselben bewirken, oder eine wahre Fideicommißschuld „künstlich durch Vertrag" hervorbringen wollen. Möglicher Weise habe aber auch der Consens nur die Bedeutung eines Zeugnisses dafür, daß bei der durch den Besitzer auf das Fideicommiß übernommenen Last eine Nachstiftung vorliege[32]). Ich meine vielmehr, ein bloßer Consens des Agnaten bei der Aufnahme eines Darlehns von Seiten des Besitzers hat gar keine Bedeutung. Er übernimmt dadurch weder eine Bürgschaft für jene Schuld, noch willigt er für seinen Theil in die Veräußerung des Fideicommißguts zum Zweck der Tilgung jener Schuld ein, wie es doch Niemandem einfallen wird zu behaupten, daß wenn der A seinen Consens dazu giebt, daß B von dem C sich Geld borgt, er dadurch Bürge für die Schuld werde (denn man kann den Consens unmöglich einem Creditauftrag gleichsetzen), noch daß er dadurch dem C das Recht einräumt, zu seiner Befriedigung Execution in sein — des A — Vermögen nachzusuchen. Es ist einfach nihil actum. Eben so wenig, glaube ich, kann man in dem Con-

---

30) A. a. O. S. 205 ff.

31) Dies bemerkt Gerber ausdrücklich nur rücksichtlich der Lehnsschulden, jedenfalls aber will er es auch für Fideicommißschulden gelten lassen.

32) A. a. O. S. 207.

sens die vertragsmäßige Constituirung einer wahren Fideicommißschuld finden, noch auch ein Anerkenntniß für die Existenz einer solchen. Daß die Agnaten bei der Contrahirung eines Darlehns durch den Fideicommißbesitzer dieselben Verbindlichkeiten, wie eben dieser, übernehmen können, und zwar als Hauptschuldner, wie als Bürgen, unterliegt keinem Zweifel; aber dies ist einmal nichts dem Familienfideicommiß Eigenthümliches und andererseits reicht dazu niemals der bloße Consens aus. Die einzige Art des Consenses, dem eine practische Bedeutung beigelegt werden kann, ist die Einwilligung in die Verpfändung der Fideicommißgüter, wodurch dasselbe Resultat herbeigeführt wird, wie durch die Einwilligung in die Veräußerung überhaupt. Wir dürfen uns hierbei auch nicht durch die Bestimmungen der Particularrechte irre machen lassen, denn wenn auch in diesen häufig der Consens der Agnaten zur Gültigkeit der Fideicommißschulden gefordert wird, so haben doch diese Schulden nicht als consentirte Schulden Gültigkeit, sondern als gesetzliche. Der Consens hat lediglich die Bedeutung einer wesentlichen Form für das Darlehnsgeschäft. Dasselbe, was hier in Betreff eines durch den Besitzer aufgenommenen Darlehns gesagt ist, gilt auch hinsichtlich des von ihm selbst aus eigenem Vermögen auf den Fideicommißgütern gemachten Aufwandes. Durch einfache Genehmignug durch die Agnaten erhält solcher noch nicht den Charakter einer Fideicommißschuld.

Von den Particularrechten steht im Großen und Ganzen auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts das Bayerische Landrecht. Dies gilt namentlich von den Arten der Schulden, die als Fideicommißschulden gelten, in welcher Hinsicht wir im Wesentlichen die oben aufgestellten Grundsätze wiederfinden, nur daß dasselbe in so fern die Natur der Fideicommißschulden nicht genug festhält, als es zu denselben nicht nur die von einem Fideicommißbesitzer gemachten nothwendigen, sondern auch nützlichen Verwendungen rechnet. Der Codex Maximilianeus bestimmt nämlich im Th. III C. 10 § 19 Folgendes: „Unter denen Fideicommiss-Schulden seynd folgende Posten verstanden. 1mo. Was von dem Fideicommittente selbst noch herrührt, insonderheit aber 2do. die Noth-Gebührnuß, Heyrath-Gut, Widerlag oder Alimenta für all jene Personen, welche dergleichen bey dem Fideicommittenten selbst, und seiner Verlassenschaft von Rechts-wegen zu suchen haben. Item 3tio. was auf desselben Begräbnuß oder auf das Inventarium seines hinterlassenen Vermögens und andere Erbschafts-Verhandlung erloffen ist. 4to. Passirliche Process-Kösten in Streitigkeiten, wo es nicht soviel um die Fructus als Substantiam Fideicommissi zu thun gewest. 5to. Was Fideicommissarius zu Entrichtung liquider Fideicommiss-Schulden, oder auf die oben §vo 14 bemerkte Fideicommiss-Meliorationes [33]) entweder ex Fructibus Fideicommissi oder sonst von dem Seinigen verwendet. 6to. Die von sothanen Fideicommiss-Schulden restirende Inter-

---

[33]) Hierunter sind nach § 14 N. 4 und § 15 nicht nur impensae necessariae, sondern auch utiles zu verstehen.

essen, soweit selbe bereits unter dem Fideicommittente selbst noch verfallen seynd, dann was nur Fideicommissarius disfalls aufschwellen laßt, bezahlt kein folgender Fideicommissarius mehr, es könnte dann Creditor bescheinigen, daß er nicht in Mora exigendi gewest, und von der Verfall-Zeit sich längst allzeit in drey Jahren bey Gericht um den Ruckstand fleißig gemeldet habe, welchenfalls sodann die folgenden Fideicommissarii zwar ebenfalls hierum haften, jedoch salvo Regressu an das Allodial-Vermögen des Antecessoris, welcher sothane Interesse hat aufschwellen lassen, oder an die saumige Obrigkeit". Auch rücksichtlich der Natur und der Wirksamkeit solcher Schulden stellt § 18 das gemeinrechtliche Princip auf. Denn hier heißt es: „Die sogenannte Fideicommiss-Schulden werden 1mo. nicht ex Fructibus, sondern ex Substantia Fideicommissi entrichtet" —. Die übrigen Bestimmungen dieses Paragraphen beziehen sich jedoch nur auf den Fall, daß die Fideicommißbesitzer zugleich Allodialerben des Stifters geworden, indem dieselben sonst gar nicht anwendbar sind[34]). Eine ganz neue Normirung hat das Institut der Fideicommißschulden erfahren im Edict über die Familien-Fideicommisse, welche sehr wesentlich von der gemeinrechtlichen Theorie abweicht. Das Edict unterscheidet zwei Classen von Fideicommißschulden, je nachdem für dieselben die Substanz und die Früchte oder nur die Früchte des Fideicommisses haften[35]). In die erste Classe gehören die Schulden, die zur Erhaltung und zum Nutzen der Substanz des Fideicommisses selbst contrahirt sind, also alle die, welche bereits das Bayerische Landrecht als Fideicommißschulden auffaßt[36]). In die

[34]) Im § 18 heißt es nämlich nach den im Text citirten Worten: „und kan mithin solches (scil. Fideicommiß) 2do. pro Quantitate Debiti jedoch andergestalt nicht, als in Subsidium hierum angegriffen werden, soweit nemlich keine andere von dem Fideicommittente herrührende Allodial-Güter mehr vorhanden, oder wenigst nicht erklecklich seynd" —.

[35]) Edict § 54: „Die Fideicommiß-Schulden haften entweder auf der Substanz und den Früchten des ganzen Fideicommisses zugleich, oder nur auf den Früchten allein, und werden hiernach in Fideicommiß-Schulden erster oder zweiter Classe abgetheilt". Das Edict hebt noch besonders hervor, daß eine persönliche Verhaftung des Fideicommißbesitzers hierbei niemals stattfinde. Es heißt nämlich im § 62: „Für Fideicommiß-Schulden, sie seyen Ir. oder IIr. Classe, haftet das Allodial-Vermögen des Besitzers, außer den ihm zukommenden Früchten nicht, sondern sie gehen mit dem Fideicommisse auf jeden Nachfolger über, dem jedoch der Regreß gegen das Allodium des Vorgängers vorbehalten bleibt, wenn dieser entweder mit den im Tilgungsplane bestimmten Fristen im Rückstande geblieben ist, oder bey Fideicommiß-Schulden IIr. Classe zum Ersatz aus seinem Allodial-Vermögen sich ausdrücklich verpflichtet hat".

[36]) Edict § 56: „Unter die Fideicommiß-Schulden Ir. Classe werden diejenigen gerechnet, welche zum Nutzen des Fideicommisses selbst contrahirt und verwendet wurden. Hierher gehören: 1) diejenigen, welche bey der Errichtung des Fideicommisses auf dasselbe mit ausdrücklicher Bestimmung dieses Vorzugs angewiesen wurden,

zweite Claſſe dagegen die, welche zur Beſtreitung nothwendiger, aber die Subſtanz des Fideicommiſſes ſelbſt nicht betreffender Ausgaben contrahirt ſind[37]) Die Contrahirung von Fideicommißſchulden der zweiten Claſſe, welche im Colliſionsfall, ohne Rückſicht auf die Zeit ihrer Entſtehung, denen der erſten Claſſe ſtets nachſtehen[38]), unterliegt noch gewiſſen Vorausſetzungen und Beſchränkungen[39]). Sowohl die Fideicommißſchulden erſter, als zweiter Claſſe bedürfen der Genehmigung des competenten Appellationsgerichts, welches dieſelbe caussa cognita zu ertheilen hat[40]). Außerdem iſt bei der Contrahirung einer Fidei-

insbeſondere die Pflichttheile der Notherben des erſten Conſtituenten, ſo ferne ſie nach Uebereinkunft der Intereſſenten als ein Capital auf dem Fideicommiſſe liegen bleiben; 2) diejenigen, welche zum Ankauf eines dem Fideicommiſſe einverleibten Gutes verwendet, oder mit demſelben übernommen wurden; 3) die auf nothwendige Proceß-Koſten in Streitigkeiten, welche die Subſtanz des Fideicommiſſes betreffen, und zur Erzielung gerichtlicher Vergleiche, zu deren Beendigung, oder 4) zur Abführung der in Rückſicht des Fideicommiſſes erlegten feindlichen Contributionen, desgleichen 5) auf Herſtellung nothwendiger oder nützlicher Gebäude, endlich 6) zur Abführung einer von den vorbenannten Schulden verwendet wurden". Die hier gegebene Aufzählung der einzelnen Fälle iſt m. E. für eine exemplicative, nicht enumerative zu halten, ſo daß auch andere Schulden, bei denen das oben genannte Merkmal zutrifft, zu der erſten Claſſe gerechnet werden können.

[37]) Edict § 59 (ſ. u. Note 39). Beiſpiele dieſer Ausgaben giebt § 60: „In die zur Aufnahme einer Fideicommiß-Schuld zweyter Claſſe ſich eignenden Ausgaben gehören die erweislich durch Krankheit, höhere Auslagen für Erziehung oder Verſorgung mehrerer Kinder, Antritt eines Civil- oder Militair-Dienſtes, eintretende Verehelichung, Unglücksfälle in der Oeconomie, oder ſchwere Kriegslaſten verurſachten außerordentlichen Koſten, welche weder aus den Früchten des Fideicommiſſes, noch aus dem Allodial-Vermögen beſtritten werden können".

[38]) Edict § 55: „Die Fideicommiß-Schulden erſter Claſſe gehen den Schulden zweyter Claſſe vor; die Schulden jeder Claſſe unter ſich haben den Vorzug nach der Zeit ihrer Eintragung in die Fideicommiß-Matrikel".

[39]) Edict § 59: „Ein beſtehendes Fideicommiß kann mit einer Fideicommiß-Schuld IIr. Claſſe nur dann beſchwert werden, wenn der Fideicommiß-Inhaber zur Beſtreitung nothwendiger und unvermeidlicher, die Subſtanz des Fideicommiſſes ſelbſt nicht betreffender Ausgaben (§ 56) in Ermangelung hinreichenden Allodial-Vermögens einer Capitals-Aufnahme bedarf, und wenn bei dem Fideicommiſſe außer dem erforderlichen Betrage des Grundvermögens (§ 2) noch ein weiteres fruchtbringendes Vermögen (§§ 5. 6) vorhanden iſt, dieſer Ueberſchuß auch nach Abzug aller darauf bereits haftenden Laſten und Schulden durch die neue Schuld nicht über ein Drittheil beſchwert wird, vorbehaltlich deſſen, was der Conſtituent beſonders verfügt hat. Dabey iſt in Anſehung der unbeweglichen Güter nicht der Schätzungs-Preis, ſondern das Steuer-Capital zur Richtſchnur zu nehmen".

[40]) Edict § 52 (ſ. o. S. 240 f. Note 84). § 57 (ſ. u. Note 42). § 58: „Zu den Fideicommiß-Schulden IIr Claſſe werden außer den im § 39 Nr. 2 bemerkten Schulden diejenigen gerechnet, welche das Gericht den folgenden Beſtimmungen gemäß nach Vernehmung der Anwärter genehmiget hat". Die im § 39

commißschuld zweiter Classe der Consens sämmtlicher Anwärter erforderlich, der nur aus dringenden Gründen durch das Gericht supplirt werden darf[41]). Dagegen müssen bei Fideicommißschulden erster Classe die Anwärter nur dann zugezogen werden, wenn über die Natur der Schuld Zweifel entstehen[42]). Außerdem sollen die Schulden in die Fideicommißmatrikel eingetragen werden, und erst von hier an datirt ihre Gültigkeit[43]). Das Edict giebt endlich noch Bestimmungen über die Deckung der Fideicommißschulden. Zunächst soll dieselbe sowohl bei denen erster, als zweiter Classe aus den Früchten erfolgen. Demgemäß muß hierüber eine Vereinbarung mit dem Gläubiger erfolgen, welche unter Mitwirkung des Gerichts stattfindet. Für den nach jener zu entwerfenden Tilgungsplan hat das Gesetz das Maximum der Abzüge angegeben, welche der Besitzer von den Einkünften sich gefallen lassen muß, und ebenso das Minimum, unter welches dabei nicht herunter gegangen werden darf[44]). Freilich können die Fideicommißschulden auch aus der Substanz des Fideicom-

---

N. 2 angegebenen Schulden sind solche, die sich aus einem vor Emanation des Edicts bestehenden, jetzt in ein neues umgewandelten Familienfideicommiß herschreiben.

[41]) Edict § 61: „Das Gericht hat bey jedem Gesuche um Bewilligung einer Fideicommiß-Schuld IIr. Classe hierüber den Fideicommiß-Nachfolger, die Anwärter und den Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist, nach § 51 zu vernehmen, und, wenn sie in die Schuld einwilligen, ohne erhebliche Gründe die Genehmigung nicht zu versagen, dagegen aber auch diese im Falle eines von denselben erfolgenden Widerspruchs ohne hinreichende Gründe nicht zu ertheilen, und babey besonders auf die Veranlassung der Schuld, auf den Betrag des noch unbeschwerten Vermögens, und die dadurch gegründete Erwartung ihrer früheren Tilgung, auf die im Zahlungs-Plan bestimmten kürzern oder längern Fristen und auf die Beschaffenheit des Widerspruchs ihr Augenmerk zu richten".

[42]) Edict § 57: „Diese Schulden sollen vom Gerichte erst nach vorläufiger Untersuchung, ob sie überhaupt und in dem verlangten Maaße sich zu einer solchen Fideicommiß-Schuld eignen und in zweifelhaften Fällen nach Vernehmung der Anwärter in die Fideicommiß-Matrikel eingetragen werden".

[43]) Edict § 55 (s. Note 38). § 57.

[44]) Edict § 69: „Mit jeder Fideicommiß-Schuld und mit jeder die Substanz des Fideicommisses vermindernden Handlung ist ein Plan zu verbinden, wie aus den Früchten des Fideicommisses die darauf gelegten Schulden getilgt, oder die an der Substanz desselben geschehenen Verminderungen durch bestimmte und von dem dermaligen Besitzer sowohl, als von den Nachfolgern zu entrichtenden Fristen ergänzt werden sollen. Dieser Tilgungs- und Ergänzungsplan ist mit Rücksicht auf den Betrag und die Lasten des Fideicommisses so einzurichten, daß in jährlichen Fristen, so bald als es geschehen kann, insbesondere für die zur Aussteuer der Töchter verwendeten Summen in solchen Raten, welche dem vorigen Unterhalts-Bezuge gleich sind, die Schulden getilgt, und die an der Substanz geschehenen Veminderungen ergänzt werden. Niemals dürfen die jährlichen Fristen weniger, als fünf vom Hundert am Capital betragen; der Fideicommiß-Besitzer muß sich aber höhere Summen gefallen lassen, so lange ihm der Ertrag des normalmäßigen Grund-

misses berichtigt werden, wenn Capitalien zu demselben gehören, allein in diesem Fall ist die Einbuße am Capital wieder aus den Früchten zu ergänzen. Auch setzt diese Verwendung der Fideicommißcapitalien die Genehmigung des Gerichts voraus, welche nach Vernehmung der Anwärter zu erfolgen hat[45]). Dagegen soll das Grundvermögen des Fideicommisses nur im äußersten Nothfall zur Bezahlung von Schulden, und zwar solcher der ersten Classe allein verwendet werden[46]).

In Oesterreich gestattete das frühere Recht die Contrahirung von Fideicommißschulden durch den Besitzer noch nicht. Nach dem Gesetz vom 9. Mai 1765[47]) war die Gültigkeit derartiger Schulden im einzelnen Fall bedingt durch die landesherrliche Erlaubniß. Erst das Hofdecret vom 25. März 1781[48]) gestattete den Fideicommißbehörden, „zur Onerirung der Fideicommisse und Majorate auf ein Drittel deren Werths den angesuchten Consens ohne Rückfrage (scil. bei Hofe) zu verwilligen — doch sollen sie über das, in solchen Fällen an dieselben gelangende Anbringen nicht nur die nächsten Anwärter mit den zur Succession berechtigten Agnaten, sondern auch die zu bestellen kommenden Kuratoren sowohl des Fideicommisses oder Majorats als der natorum et nasciturorum vernehmen". Die hier noch geforderte Zuziehung der Agnaten und Curatoren galt nach dem Patent vom 3. April 1787[49]) nicht mehr für nothwendig, wie dasselbe auch den Besitzer von der Pflicht, bestimmte Ursachen der Verschuldung anzugeben, entband. Damit stimmen auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs überein. Dasselbe giebt dem Besitzer die Befugniß, mit gerichtlicher Genehmigung[50]) bis auf Höhe von einem Drittel

---

Vermögens übrig bleibt. Das Gericht kann die einmal bestimmten Fristen nur aus besonders erheblichen Ursachen verlängern".

[45]) Edict § 64: „Die vorhandenen Fideicommiß-Capitalien können für solche Auslagen, welche unter die Fideicommiß-Schulden Ir. Classe gehören, mit Genehmigung des Gerichts nach Vernehmung der Anwärter, desgleichen in den § 61 bestimmten Fällen unter den dortselbst enthaltenen Beschränkungen und Voraussetzungen, vorbehaltlich der im § 69 bestimmten Rückzahlung, eingezogen und verwendet werden".

[46]) Edict § 65 (s. o. S. 283 Note 264).

[47]) Cod. Austr. VI S. 689.

[48]) Justiz-Gesetz-Sammlung des Jahres S. 4.

[49]) § 1. Justiz-Gesetz-Sammlung des Jahres S. 113.

[50]) Nach Wildner (das Fideicommiß-Recht S. 211), der sich auf die Materialien (für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österr. Erbstaaten von Pratobevera II S. 211) stützt, darf diese Genehmigung nicht von der Veranlassung der Aufnahme des Darlehns abhängig gemacht werden, sondern nur davon, ob die Schuld mit Hinzurechnung der sonstigen auf dem Fideicommiß haftenden Lasten den dritten Theil des Vermögens nicht übersteige. Der Grund braucht nach dieser Meinung gar nicht angegeben zu werden. Andere freilich haben die entgegengesetzte Ansicht und geben dem Gericht auch eine Prüfung der Triftigkeit des Grundes. Mit

des Werths des Fideicommisses Schulden zu contrahiren, doch mit der Maßgabe, daß, wenn sonstige auf dem Fideicommiß haftende Lasten vorhanden sind, diese mit jenen zusammen nicht das Drittel übersteigen dürfen[51]). Allein für eine solche Schuld haftet nicht die Substanz des Fideicommisses, sondern nur die Früchte desselben[52]), aus denen jährlich ein bestimmter Theil der Schuld abgezahlt werden muß[53]). Hierzu sind auch die Nachfolger dessen, der die Schuld contrahirt hat, verpflichtet[54]). Endlich hat das Gesetz vom 13. Juni 1868, betreffend die Bewilligung zur Errichtung und Verschuldung von Fideicommissen, auch die Möglichkeit einer Verschuldung des Fideicommisses über den Betrag von einem Drittel seines Werths bei impensae necessariae zugelassen, sie aber an die Genehmigung des obersten Gerichtshofes geknüpft, welcher dieselbe erst nach Anhörung sämmtlicher bekannter Anwarter und der Fideicommißcuratoren zu ertheilen hat[55]).

Rücksicht auf die frühere Gesetzgebung dürfte auch für das Bürgerliche Gesetzbuch der ersten Meinung der Vorzug zu geben sein.

[51]) A. B. G. B. § 635: „Der Fideicommiß-Inhaber kann ein Drittheil des Fideicommiß-Gutes verschulden; oder, wenn es in Capitalien bestehet, ein Drittheil davon erheben. Hierzu bedarf er keiner Einwilligung der Anwärter oder Curatoren, sondern nur der Genehmigung der ordentlichen Gerichtsbehörde". § 636: „In dieses Drittheil sind alle, unter was immer für Nahmen, auf dem Fideicommiß-Gute haftende Lasten dergestalt einzurechnen, daß zwey Drittheile ganz frey bleiben". Zu diesen Lasten rechnet Wildner (a. a. O. S. 200—206), und zwar wohl mit Recht, auch die Schulden, welche der Fideicommißbesitzer auf das Fideicommiß ohne gerichtliche Bewilligung aufgenommen hat, und für die zwar nicht die Successoren, wohl aber er selbst mit den Früchten haftet.

[52]) A. B. G. B. § 642: „Ein Fideicommiß-Gläubiger kann die Bezahlung einer, selbst mit gerichtlicher Bewilligung, auf dem Fideicommisse haftenden Schuld nicht aus dem Stammgute, sondern nur aus den Einkünften desselben verlangen".

[53]) A. B. G. B. § 638: „Die Rückzahlungen einer Fideicommiß-Schuld sind so zu bestimmen, daß jährlich fünf von Hundert an der Schuld getilgt werden. Nur aus erheblichen Ursachen ist eine Verlängerung der Frist zu gestatten". Außer den 5 %, mit denen allmählich das aufgenommene Capital abgezahlt werden soll, sind noch die Zinsen vom Fideicommißbesitzer zu zahlen: Wildner a. a. O. S. 216. Für den Fall, daß der Besitzer vor vollständig getilgter Schuld eine neue contrahiren will, bestimmt § 639: „Will der Fideicommiß-Besitzer von den bereits geleisteten Rückzahlungen wieder einen Betrag zu seinem Gebrauche erheben, so muß er zur Tilgung desselben noch insbesondere jährlich fünf von Hundert bezahlen".

[54]) A. B. G. B. § 640: „Der Nachfolger im Fideicommisse ist nur die mit gerichtlicher Genehmigung gemachten Schulden seines Vorfahrers zu bezahlen schuldig. Für die zur Tilgung derselben schon verfallenen Rückzahlungen haftet er nur in so weit, als sie nicht aus dem frey vererblichen Vermögen des Vorfahrers geleistet werden können".

[55]) Oesterr. Ges. vom 13. Juni 1868 § 3: „Die Verschuldung eines Fidei-

Im Preußischen Landrecht finden sich rücksichtlich der Schulden des Stifters ganz dieselben Grundsätze, wie sie oben als die gemeinrechtlichen aufgestellt wurden. Es gehören hierher die §§ 104—106 II, 4, welche folgendermaßen lauten: (§ 104) „Schulden des Fideicommiß-Stifters, mit welchen er selbst das Fideicommiß bei dessen Errichtung belastet hat; oder die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können, sind als ursprüngliche, die Substanz angehende Fideicommiß-Schulden anzusehen". (§ 105) „Dergleichen Schulden ist der Fideicommiß-Folger aus den Einkünften zu bezahlen, nicht verbunden". (§ 106) „Hat er sie bezahlt: so findet dabei eben das Statt, was wegen der Lehnsschulden verordnet ist. (Th. I Tit. 18 § 592 sqq.)". In den in der letzten Stelle angezogenen Paragraphen des Th. I Tit. 18 wird bestimmt, daß die Allodialerben eines Lehnsbesitzers alsdann Vergütung für die von diesem bezahlten Lehnsschulden von dem Lehnsfolger fordern können, und dabei ganz an die Stelle und in die Rechte des von ihrem Erblasser bezahlten Gläubigers treten[56]), wenn die gedachten Schulden die Substanz angingen, und jener bei der Zahlung ausdrücklich und schriftlich erklärte, daß er seinen Erben den Ersatz aus dem Lehen vorbehalte[57]); ferner die Schulden in das Hypothekenbuch eingetragen waren, und er weder die Löschung derselben beantragte, noch den Willen, daß er die Löschung suchen wolle, deutlich äußerte[58]). Die §§ 110 ff. II, 4 enthalten dann noch Vorschriften, um in solchen Fällen, so weit es möglich ist, das Fideicommiß aufrecht zu erhalten[59]). Von den

commisses in größerem, als dem durch die §§ 635 bis 637 des allg. bürgerl. Gesetzbuches zugelassenen Maße kann nur dann bewilligt werden, wenn sie zur Erhaltung des Fideicommißgutes unabweislich nothwendig ist. Die Ertheilung dieser Bewilligung steht nach Einvernehmung der Fideicommiß-Curatoren und aller bekannten Anwärter dem obersten Gerichts- und Cassationshofe zu".

[56]) § 597 A. L. R. I, 18. [57]) § 592. § 594 A. L. R. I, 18.

[58]) § 595 A. L. R. I, 18.

[59]) § 110 A. L. R. II, 4: „Wegen solcher Schulden aber, die nach § 104 aus der Substanz des Fideicommisses selbst bezahlt werden müssen, kann der Gläubiger, im Verfolge der Execution auch auf den gerichtlichen Verkauf des Guts selbst antragen". § 111: „Was aber von dem Kaufgelde, nach Abzug dieser Schulden noch übrig bleibt, muß zum Fideicommiß angelegt werden". § 112: „Der Käufer eines solchen Guts kann also nur in das gerichtliche Depositum mit Sicherheit zahlen". § 113: „Wie die anderweitige Anlegung zum Fideicommiß geschehen solle, muß durch einen Familienschluß angeordnet werden". Der nach diesem letzteren Paragraphen erforderliche Familienschluß ist nach dem Gesetz vom 15. Februar 1840 nicht mehr nothwendig. Das Gesetz bestimmt nämlich (im § 15): „Eines Familienschlusses (§ 1) bedarf es nicht: — 5) — zur Wiederanlegung der nach Abzug der Schulden übrig gebliebenen Kaufgelder eines subhastirten Fideicommißgutes zu Fideicommiß". Es genügt (nach § 16) „die Zuziehung zweier Anwärter in eben der Weise, wie es die §§ 87 u. f. Tit. 4 Theil II des Allgemeinen Landrechts bei Verschuldung der Fideicommiß-Einkünfte vorschreiben".

durch impensae necessariae entstandenen Fideicommißschulden nennt das Landrecht nur die, welche zur Wiederherstellung der durch Unglück zerstörten oder baufälligen Gebäude contrahirt sind[60]), was aber analog unbedenklich auf alle zur Erhaltung der Substanz des Fideicommisses gemachten Verwendungen auszudehnen ist. Die Kosten eines die Substanz des Fideicommisses betreffenden Processes werden jedoch ausdrücklich ausgeschlossen[61]). Dagegen die zur Wiederherstellung des durch Unglücksfälle verringerten Inventars gemachten Aufwendungen, wenn dieselben erheblich sind, dazu gerechnet[62]). Für solche Schulden haftet aber die Substanz des Fideicommisses nicht[63]), sondern nur die Nutzungen desselben; aus denen also auch die Successoren jene allmählich abzutragen haben. Für die Contrahirung von Schulden dieser Art ordnet nun das Landrecht die Zuziehung der Familie an, welche durch die beiden nächsten Anwärter, oder wenn jene aus mehreren Linien besteht, den nächsten Agnaten aus der besitzenden und dem ältesten Anwärter aus der zunächst berechtigten Linie vertreten wird[64]). Außerdem ist die Mitwirkung des Richters

[60]) § 81 A. L. R. II, 4: „Für nothwendige Schulden sind diejenigen Summen zu achten, welche zur Wiederherstellung der durch Unglücksfälle, ingleichen durch Alter, ohne eignes Verschulden des Besitzers ruinirten oder in Verfall gerathenen Gebäude aufgenommen werden müssen".

[61]) § 120 A. L. R. II, 4 (s. o. S. 217 Note 33).

[62]) § 85 A. L. R. II, 4: „Wenn an dem Fideicommiß-Inventario überhaupt, oder auch an einzelnen Rubriken desselben, durch Brand, Krieg, Wasserfluthen, oder andere Unglücksfälle, ein solcher Schaden entstanden ist, daß derselbe zu Geld gerechnet, den vierten Theil der Fideicommiß-Einkünfte, nach einem ungefähren Anschlag, übersteigt: so ist der Besitzer ebenfalls berechtigt, die zur Wiederherstellung des Inventarii nöthige Summe auf die Nutzungen des Fideicommisses aufzunehmen". Das gleiche Recht steht dem Fideicommißbesitzer zu Behufs Abführung der von ihm, der Stiftungsurkunde gemäß, gewissen Personen zu leistenden Präſtationen, wenn die Fideicommißgüter durch Unglücksfälle so verwüstet sind, daß dieselben aus den Einkünften nicht bestritten werden können: § 86.

[63]) § 108 A. L. R. II, 4: „Wegen solcher Schulden, die nach § 80 sqq. in gewissen Terminen aus den Einkünften wieder abgestoßen werden sollen, kann die Subhastation des Fideicommißgutes selbst niemals erfolgen".

[64]) § 87 A. L. R. II, 4: In allen Fällen, wo das Fideicommiß mit einer neuen Schuld beschwert werden soll, müssen bei Regulirung der Sache Zwei der Fideicommiß-Anwarter zugezogen werden". § 88: „Besteht die zum Fideicommiß berufene Familie aus mehreren Linien: so wird die Zuziehung des nächsten Anwarters aus der im Besitze befindlichen, und des Aeltesten aus derjenigen Linie, welche nach ihr die nächste ist, erfordert". § 89: „Ist nur Eine Linie vorhanden; so müssen aus dieser die beiden nächsten Anwarter zugezogen werden". Das Landrecht giebt dann noch nähere Bestimmungen über die hierbei möglicher Weise eintretenden besonderen Fälle: § 90: „Unter die zuzuziehenden Fideicommiß-Anwarter sind die Kinder des Besitzers nicht mitzurechnen. § 91: „Stehen die zuzuziehenden Anwarter unter Vormundschaft: so müssen sie auch bei diesem Geschäfte

der belegenen Sache vorgeschrieben[65]), an dessen Stelle nach dem Gesetz vom 5. März 1855 (§ 1) das Appellationgericht des Bezirks, in dem das Fideicommißvermögen belegen, getreten ist. Die Bestimmung der für die Rückzahlung des Darlehns zu setzenden Termine soll zunächst durch eine Uebereinkunft mit den Anwärtern erfolgen, in Ermangelung einer solchen durch den Richter[66]). Durch das Gesetz vom 15. Februar 1840 ist diese dem Fideicommißrichter zustehende Entscheidung sowie auch die Entscheidung darüber, ob die Aufnahme eines Darlehns nothwendig, einem durch den Fideicommißbesitzer, die Anwärter und den Fideicommißrichter zu bestellenden Schiedsgericht übertragen[67]). Das Landrecht läßt freilich auch in den jetzt behandelten Fällen

von ihren Vormündern vertreten werden". § 92: „Sind keine andern Anwarter, außer den Kindern des Fideicommiß-Besitzers vorhanden: so ist deren Zuziehung hinreichend." § 93: „Ihnen muß, wenn sie ihren Sachen sebst nicht vorstehen können, ein besonderer Curator zu diesem Geschäfte bestellt werden". § 94: „Ist überhaupt nur Ein Anwarter vorhanden: so ist dessen Einwilligung hinreichend". § 95: „Ist kein Anwarter bekannt, doch aber auch noch nicht entschieden: ob das Fideicommiß in den Händen des gegenwärtigen Besitzers erlöschen werde: so muß dieser, wenn er ein Darlehn aufnehmen will, bei dem Richter der Sache auf Bestellung eines Curators für das Fideicommiß, und auf dessen Zuziehung antragen".

[65]) § 101 A. L. R. II, 4: „Die Regulirung eines solchen Darlehnsgeschäfts muß allemal gerichtlich erfolgen". § 102 (s. o. S. 171 Note 17).

[66]) § 96 A. L. R. II, 4: „Bei Aufnehmung eines solchen Darlehns sind allemal gewisse Termine zu dessen Rückzahlung, durch Uebereinkommen mit den zugezogenen Anwartern, oder in dessen Ermangelung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen". Das Einhalten dieser Termine wird nicht nur vom Schuldner, sondern auch vom Gläubiger gefordert: § 103: „Giebt der Gläubiger wegen der bestimmten Rückzahlungstermine freiwillig Nachsicht: so geschieht es auf seine Gefahr".

[67]) Gesetz vom 15. Februar 1840 § 19: „Das in den §§ 17 und 18 vorgeschriebene Verfahren soll auch bei der Aufnahme nothwendiger Darlehne auf die Einkünfte des Fideicommisses (§§ 80 u. f. Tit. 4 Theil II des Allgemeinen Landrechts) zur Anwendung kommen; insonderheit ist durch Schiedsrichter darüber zu entscheiden: ob der Fall eines nothwendigen Darlehns nach Vorschrift des Allgemeinen Landrechts Theil II Tit. 4 § 85 vorhanden sei; auch wie hoch der Betrag eines nothwendigen Darlehns festzusetzen, und in welchen Terminen die Rückzahlung zu bewirken sei". § 18: „Wenn in den Fällen des § 15 No. 1, 2 und 5 die Anwarter widersprechen, und die Entscheidung nicht einer besonderen Behörde gesetzlich zusteht, so ist durch Schiedsrichter über die Frage zu entscheiden: ob die beabsichtigte Maßregel zweckmäßig sei und ohne Benachtheiligung der Interessenten ausgeführt werden könne. Die Gegner, sie mögen Inländer oder Ausländer sein, sind gehalten, hierüber bei Schiedsrichtern Recht zu nehmen. Jeder Theil hat deren Einen zu wählen, der Fideicommiß-Richter hat aber den Obmann zu bestallen. Zögert ein Theil auf die an ihn ergangene Aufforderung länger als vier Wochen mit der Wahl und Benennung eines Schiedsrichters, so fällt dieselbe dem Fideicommiß-Richter anheim". Das Gesetz trägt auch Sorge für den Fall, wo ein Anwärter sich weigert bei den Verhandlungen über die Nothwendigkeit des Darlehns und die festzustellenden Rückzahlungs-

eine Verhaftung der Substanz des Fideicommisses zu, wenn das zur Herstellung des Fideicommisses aufzunehmende Darlehn zu bedeutend ist, um aus den Einkünften abgezahlt werden zu können. Hierzu fordert es jedoch einen Familienschluß[68]). Eine vorübergehende Bestimmung ist durch das Edict vom 9. October 1807 getroffen. Hiernach ist zur Heilung der durch den Krieg verursachten Schäden die Belastung der Substanz des Fideicommisses nicht von dem Zustandekommen eines Familienschlusses abhängig, sondern die Befugniß dazu ist dem Besitzer allein gegeben, wenn nur die Verwendung des Geldes zu dem gedachten Behuf amtlich bescheinigt wird. Allerdings soll auch in diesem Fall die Tilgung der Schuld zunächst aus den Einkünften erfolgen[69]).

Nach dem Badischen Landrecht gelten als Fideicommißschulden die Darlehne, welche zur Abfindung der von der Succession ausgeschlossenen Söhne und Töchter des Vorbesitzers, denen darauf ein gesetzlicher Anspruch zusteht, und zur Bestreitung von impensae necessariae contrahirt sind, und die, für welche das Stammgut mit landesherrlicher Genehmigung verpfändet ist[70]); endlich haben den

---

termine überhaupt eine Erklärung abzugeben: § 17: „Giebt ein nach § 16 zuzuziehender Anwärter auf die an ihn ergangene Antwort keine Erklärung ab, so tritt mit der nach Beschaffenheit der Gegenstände sich ergebenden Aenderung das in dem § 13 verordnete Verfahren mit den dort bezeichneten Folgen gegen ihn ein. § 13: „Hat ein zuzuziehender Berechtigter auf die von Seiten des Besitzers an ihn ergangene Aufforderung seine Erklärung über den zu errichtenden Familienschluß abzugeben unterlassen, so soll der Besitzer befugt sein, bei dem Fideikommißrichter darauf anzutragen, daß ein solcher Interessent, unter Zufertigung des Entwurfs zu dem Familienschlusse, zu einem Termin mit der Warnung vorgeladen werde, daß, wenn er dem Familienschlusse nicht bis zu dem Termin oder in demselben widerspricht, er für zustimmend werde erachtet werden. Ist diese Vorladung gehörig erfolgt, und verweigert der Vorgeladene nicht spätestens in dem Termin mündlich oder schriftlich seinen Beitritt, so wird es so angesehen, als wenn er ausdrücklich und ohne Vorbehalt dem Entwurfe des Familienschlusses beigetreten wäre".

[68]) § 114 A. L. R. II, 4: „Ein solcher Familienschluß ist auch alsdann nothwendig, wenn in außerordentlichen Fällen, zur Wiederherstellung eines ruinirten Fideicommisses ein so starker Vorschuß erforderlich ist, daß derselbe aus den bloßen Einkünften nicht zurückgezahlt werden kann".

[69]) Edict vom 9. October 1807 § 8: „Jeder Lehns- und Fideikommiß-Besitzer ist befugt, die zum Retablissement der Kriegsschäden erforderlichen Summen auf die Substanz der Güter selbst, und nicht bloß auf die Revenüen derselben, hypothekarisch aufzunehmen, wenn nur die Verwendung des Geldes von dem Landrath des Kreises oder der Departements-Landschafts-Direktion attestirt wird. Nach Ablauf dreier Jahre, seit der kontrahirten Schuld ist der Besitzer und sein Nachfolger schuldig, von dem Kapital selbst, jährlich wenigstens den funfzehnten Theil abzutragen". Auf den Tilgungsmodus der durch die Kriege der Jahre 1806, 1807, 1812—14 entstandenen Kriegsschulden beziehen sich dann noch die Gesetze vom 20. Januar 1808, 1. August 1817, 21. April 1818 und 27. Juni 1824.

[70]) Badisches Landr. Art. 577 cq.: „Als gesetzliche Last haftet ferner darauf

gleichen Charakter solche Forderungen gegen einen gestorbenen Besitzer, denen ein privilegium exigendi gegen das Mobiliarvermögen desselben zusteht. Für Schulden der letzteren Art haftet jedoch der Fideicommißsuccessor nur in subsidium, nämlich bei Unzulänglichkeit des Allodialnachlasses des gestorbenen Fideicommißbesitzers, auch haftet er nicht über einen bestimmten Betrag hinaus[71]). Aber selbst für die Schulden der ersteren Art haften blos die Früchte des Fideicommisses, nicht die Substanz desselben, und nur alsdann kann aus dieser die Tilgung der Schulden erfolgen, wenn der Werth des Stammguts das gesetzliche Minimum nicht erreicht, oder das Maximum überschreitet. Dazu ist jedoch erforderlich, daß auf den Antrag der Gläubiger im ersteren Falle der Fideicommißverband überhaupt aufgelöst, im zweiten der Ueberschuß diesem entzogen wird[72]).

Das Hannöversche Gesetz vom 13. April 1836 läßt die Belastung eines Familienfideicommisses mit Schulden auch nicht einmal durch den Stifter zu, es müßte denn von seiner Seite dafür Sorge getragen sein, daß in einer bestimmten Zeit jene Schulden aus den Einkünften des Fideicommisses, von denen aber ein bestimmter jährlicher Betrag dem Besitzer verbleiben muß, getilgt würden. Doch gestattet das Gesetz zur Bestreitung von impensae necessariae im Nothfall die Contrahirung von Fideicommißschulden, wozu jedoch die Einwilligung des Ministeriums erforderlich ist. Diese Schulden

---

die Heimzahlung jeder Schuld, welche für die vorgedachte Abfertigung (scil. der von der Succession ausgeschlossenen Söhne und Töchter), oder für die Erhaltung des Stammguts verwendet worden ist, oder mit Regentenamtlicher Nachsichtsbewilligung auf das Stammgut verpfändet ward, jedoch so, daß nur der Ertrag, nicht der Stock des Stammguts darum angegriffen werden kann, so lang das Stammgut innerhalb der gesetzlichen Maas steht".

[71]) Badisches Landr. Art. 577 cr.: „Auch haftet ferner auf den Fall, wo das Landerbe eines abgestorbenen Stammgutserben nicht zur Zahlung aller Schulden hinreicht, die Bezahlung der im Satz 2101 benannten Vorzugsforderungen auf dem Stammgut, doch daß der Nachfolger nicht mehr als höchstens einen Jahresgenuß, in drei Jahre vertheilt zahlbar, dafür in die gemeine Erbmasse einwerfen dürfe, wenn gleich etwa deren Belauf höher steigt". Diese im Art. 2101 genannten privilegirten Forderungen sind: die Gantkosten, Begräbnißkosten, Kosten der letzten Krankheit, Gesindelohn, Forderungen für Lieferungen der Lebensbedürfnisse für den Schuldner und seine Familie aus den letzten sechs Monaten, wenn diese von Kleinhändlern, aus dem letzten Jahre, wenn sie durch Großhändler und Unterhaltsanstalten erfolgten.

[72]) Badisches Landr. Art. 577 cq.: — „Stammgut, das unter diesem Betrag steht, kann auf Andringen der Gläubiger aufgelöst, und Stammgut, das über diesem Betrag steht, wegen des Ueberschusses aus dem Stammgutsverband ausgezogen, und so alsdann dessen Hauptstock dadurch angreiflich für die Zahlung der Schulden gemacht werden". S. auch Note 70 und Art. 577 cd. (oben S. 85 Note 163).

müssen aus den Einkünften des Fideicommisses, und zwar innerhalb einer vom Ministerium festzusetzenden Frist getilgt werden[73]).

Die Braunschweigischen Gesetze vom 28. März 1837 und vom 20. Mai 1858, welche, wie das Hannöversche Gesetz die Unmöglichkeit, das Fideicommiß mit Schulden zu belasten, als Regel aussprechen, machen doch eine Ausnahme rücksichtlich des zur „Erhaltung oder nachhaltigen Verbesserung des Stammgutes" erforderlichen außerordentlichen Aufwandes, der in anderer Weise nicht bestritten werden kann. Hierzu ist landesherrliche Genehmigung, und in Ermangelung eigener Descendenten des Besitzers, außerdem auch noch der Consens des zunächst zur Succession berechtigten Agnaten erforderlich[74]). Ent-

---

[73]) Hannöv. Ges. vom 13. April 1836 § 35: Die Fideicommiß-Güter sind vor Errichtung des Fideicommisses von allen Schulden zu befreien, in so fern nicht der Stifter durch den Eintritt in einen Creditverein, oder durch eine andere in ihrem Erfolge gleich zuverlässige Einrichtung die Abführung der Schulden in einem bestimmten Zeitraum sichert, wobei indessen das zu errichtende Fideicommiß immer ein nach Verzinsung der Schulden übrig bleibendes reines Einkommen von wenigstens sechshundert Thalern liefern muß. Wenn dergleichen Güter in Credit-Institute aufgenommen sind, so soll bei jener Berechnung derjenige Theil der Verzinsung zum Grunde gelegt werden, welcher nicht zur Amortisation dient. Auch soll bei dieser Zinsberechnung nur derjenige Theil der Schulden in Betracht kommen, welcher bei der Stiftung des Majorats noch nicht amortisirt worden ist. Bei Herübernahme von Schulden in das zu errichtende Fideicommiß sollen die Rechte der alsdann vorhandenen Creditoren durch die Majoratsstiftung nicht geschmälert werden. Die nach Publication dieses Gesetzes errichteten Majorate dürfen weder veräußert, noch verpfändet, noch mit Schulden beschwert werden. — Nur in dem Falle, wenn die Erhaltung der Majoratsgüter selbst einen außerordentlichen Aufwand erfordert, und der Fideicommiß-Inhaber auf andere Weise Rath zu schaffen nicht im Stande ist, soll Unser Ministerium behuf Bestreitung eines solchen Aufwandes die Einwilligung zu einer dann auch die Nachfolger verbindenden Anleihe zu ertheilen befugt sein. Allein diese Einwilligung darf nur auf gewisse Jahre und unter der Bedingung ertheilt werden, daß in dieser Zeit die Schuld aus den Einkünften des Majorats abgetragen werde".

[74]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 22: — „Die Nachfolger des jedesmaligen Besitzers — haften für die Schulden ihres Vorgängers nicht, als in so weit sie seine Allodialerben geworden sind. In dem einzigen Falle, wenn die Erhaltung oder nachhaltige Verbesserung des Stammgutes selbst einen außerordentlichen Aufwand erfordert, und der Gutsinhaber andere Mittel zur Befriedigung dieses Bedürfnisses herbeizuschaffen nicht vermag, kann derselbe, jedoch nur mit landesherrlicher Einwilligung, und wenn er keine zunächst zur Succession berufene Descendenten hat, zugleich mit Zustimmung des in der nächsten Seitenlinie zunächst berufenen Stammgutsnachfolgers, ein auch den Nachfolger verbindendes Anlehn aufnehmen. Die Einwilligung ist indeß auf gewisse Jahre zu beschränken und Vorsehung zu thun, daß die Schuld in dieser Zeit aus den Gutsaufkünften getilgt werde, jedoch unbeschadet der Rechte des Hypothekengläubigers

stehen zwischen letzterem und dem Besitzer über die Nothwendigkeit der Aufnahme eines Darlehns überhaupt oder die erforderliche Größe Streitigkeiten, so entscheidet darüber nach dem Gesetz von 1837 die Landes-Oeconomie-Commission und als Berufungs-Instanz das Staats-Ministerium[75]), nach dem Gesetz von 1858 ein Schiedsgericht[76]). Die Schulden sollen gleichfalls aus den Einkünften in einer bestimmten, von vorn herein festgesetzten Frist getilgt werden, wodurch jedoch das Recht des Hypothekengläubigers, Subhastation in das Stammgut selbst zu verlangen, nicht beeinträchtigt wird[77]). Ueber die Schulden des Stifters stellen beide Gesetze die gemeinrechtlichen Grundsätze auf, nur soll nach dem Gesetz von 1837 bei der Umwandelung der Lehngüter in Familienfideicommisse auf eine allmähliche Tilgung der vorhandenen Schulden Bedacht genommen werden[78]). Auch stellt das Gesetz von 1858 die Forderun-

während dieser Jahre die Subhastation des Stammguts zu beantragen". Gesetz vom 20. Mai 1858 § 3 im Wesentlichen gleichlautend, nur daß hier vorausgesetzt wird, daß die Impensen nicht aus den laufenden Einkünften sofort hätten gedeckt werden können.

[75]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 22: — „Würden die Fragen, ob und in welchem Maße zur Erhaltung oder nachhaltigen Verbesserung eines Stammgutes ein Anlehn erforderlich sey, zwischen dem Stammgutsinhaber und dem uns der nächsten Seitenlinie zunächst berufenen Stammgutsnachfolger streitig, so ist darüber, mit Ausschließung eines gerichtlichen Verfahrens, jedoch mit Vorbehalt eines Recurses an Unser Herzogliches Staats-Ministerium, von Unserer Herzoglichen Landes-Oeconomie-Commission zu entscheiden".

[76]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 3, mit § 22 des Gesetzes vom 28. März 1837 gleichlautend bis zum Worte „streitig", wo derselbe fortfährt: „so ist darüber durch Schiedsmänner zu entscheiden, wobei der § 33 des Gesetzes vom heutigen Sage über die Vererbung der Ritter rc. -Güter zur Anwendung kommt".

[77]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 22 und vom 20. Mai 1858 § 3 (s. Note 74).

[78]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 22: — „Den Gläubigern aber, welche zur Zeit der Allodification des Lehns an dasselbe oder an den Besitzer Forderungen bereits hatten, verbleiben, der Umwandlung des Lehns ungeachtet, ihre desfallsigen Zuständigkeiten ungeschmälert, insbesondere auch gegen die Descendenten des Besitzers. Es ist aber bei der Allodification zugleich eine die allmählige Tilgung dieser Schulden sichernde Einrichtung zu treffen". Daß diese Vorschrift auch analoge Anwendung auf Allodialgüter findet, die zu Familienfideicommissen bestimmt sind, geht aus § 24 hervor, wo bestimmt wird, daß bei diesen „dieselben rechtlichen Wirkungen hinsichtlich der Unveräußerlichkeit und Vererbung eintreten, wie bei den allodificirten in Stammgut verwandelten Lehnen". Gesetz vom 20. Mai 1858 § 3: — „Den Gläubigern aber, welche zur Zeit der Umwandlung des Guts in Familien-Stammgut an das Stammgut oder an den Besitzer Forderungen bereits hatten, verbleiben, der Umwandlung des Guts ungeachtet, ihre desfallsigen Zuständigkeiten ungeschmälert".

gen der Notherben des Stifters den zur Bestreitung der Impensen contrahirten gleich[79]).

Das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 enthält über die Behandlung der Schulden des Stifters eigenthümliche Grundsätze. Es giebt zuerst den Gläubigern ein Widerspruchsrecht gegen die Fideicommißerrichtung, den Hypothekengläubigern unbedingt, den anderen nur in dem Fall, wenn ihnen das sonstige Vermögen des Stifters nicht vollständige Sicherheit für die Befriedigung ihrer Forderungen gewährt[80]). Demgemäß schreibt das Gesetz vor, daß die bekannten Gläubiger speciell, die unbekannten durch Edictalladung aufgefordert werden, ihre Ansprüche binnen einer bestimmten Frist geltend zu machen, nach deren Ablauf die Genehmigung zur Errichtung des Fideicommisses ertheilt wird, wodurch die Geltendmachung der Forderungen derselben gegen das zum Fideicommiß bestimmte Vermögen ausgeschlossen ist. Willigen die Hypothekengläubiger in die Fideicommißerrichtung, so erlischt damit ihr Pfandrecht an den zum Fideicommiß bestimmten Gegenständen[81]), doch können mit ihrer Genehmigung die ihnen gehörenden Hypotheken auf das Fideicommiß übertragen werden, in welchem Fall ihnen natürlich ein Pfandrecht an diesem zusteht[82]). Hiervon abgesehen gestattet das Gesetz eine Be-

---

[79]) In dem Gesetz vom 20. Mai 1858 § 3 findet sich nach dem Passus über die Impensen noch folgender Satz: „oder wenn 2) Notherben des Stifters auf Zahlung des ihnen aus dem Stammgut gebührenden Pflichttheils dringen, und solche aus dem sonstigen Nachlasse sich nicht beschaffen läßt".

[80]) Großherzogl. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 12: „Ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück kann nur mit Einwilligung des Gläubigers zum Fideicommiß bestimmt werden. Durch Einwilligung des Pfandgläubigers erlischt aber sein Pfandrecht. Die sonstigen Gläubiger des Fideicommiß-Stifters sind befugt, der Errichtung zu widersprechen, wenn sie durch das der Fideicommißqualität nicht unterworfene Vermögen des Stifters ihrer Forderungen halber nicht genügend gesichert sind".

[81]) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 9: — „Die bekannten Gläubiger und sonstigen Betheiligten sind besonders, und die unbekannten durch eine Edictalladung aufzufordern, etwaige Einsprüche gegen die Fideicommißerrichtung binnen einer Frist von drei Monaten unter dem Rechtsnachtheile vorzubringen, daß nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist ohne Rücksicht auf solche Einsprüche die Beurkundung ertheilt werden würde, daß der Errichtung des Fideicommisses in rechtlicher Beziehung nichts im Wege stehe". Diese Bestimmung ist für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen gegeben. Für die Provinz Rheinhessen schreibt Art. 10 rücksichtlich der an die Gläubiger zu erlassenden Aufforderung, ihre Ansprüche geltend zu machen vor: „Zugleich sind die Chirographar-Gläubiger desjenigen, welcher ein Fideicommiß errichten will, öffentlich aufzufordern, binnen einer Frist von zwei Monaten das ihnen im Art. 12 dieses Gesetzes gestattete Einspruchsrecht geltend zu machen, bei Strafe des Verlustes".

[82]) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 12: — „Mit Zustimmung

lastung des ganzen Fideicommißvermögens mit Schulden nur mit Genehmigung sämmtlicher existirender Anwärter[83]), und nur bei Verpfändung einzelner Theile ist eine Supplirung des Consenses durch das Gericht, aber auch dann allein gestattet, wenn die Aufnahme eines Darlehns zur Erhaltung des Fideicommisses in seiner ordnungsmäßigen Beschaffenheit oder zur Abführung der dem Besitzer gesetzlich oder stiftungsmäßig zu Gunsten gewisser Personen obliegender Prästationen nothwendig ist, oder im Interesse der Familie liegt. Alsdann muß jedoch mit Ausnahme des Falls, wo das Darlehn zur Leistung der berührten Prästationen erforderlich war, das gesetzliche Minimum des Fideicommisses unbeschwert bleiben[84]). In jedem Fall ist das Darlehn zunächst aus den Einkünften abzutragen, zu welchem Behuf gleich bei der Contrahirung desselben ein Tilgungsplan zu entwerfen ist[85]), über dessen Beobachtung Seitens des Besitzers die Anwärter zu wachen haben[86]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch endlich für das Königreich Sachsen enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift über die Verschuldung eines Fideicommisses. Da es aber dem Besitzer die Befugniß giebt, „Verwendungen und Lasten, welche ein Nießbraucher nicht zu tragen hat, — aus dem Stammvermögen" zu bestreiten, so ist damit demselben auch das Recht gegeben, für eben jenen Zweck, d. h. also überall, wo dadurch die Erhaltung des Fideicommisses be-

---

des Gläubigers kann die zur Sicherung einer Forderung bestellte Hypothek auf das Fideicommiß eingetragen werden, insoweit das dazu gehörige Grundeigenthum bis zu einem Werth von 75000 fl. unbelastet bleibt. In diesem Falle steht dem Gläubiger an dem Fideicommisse ein Pfandrecht zu, sobald letzteres im Hypothekenbuch eingetragen ist".

[83]) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 19: „Verpfändung — der Substanz des ganzen Fideicommiß-Vermögens" — ist „dem Fideicommiß-Besitzer nur mit Zustimmung sämmtlicher schon geborner oder erzeugter Anwärter gestattet".

[84]) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 20.

[85]) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 21: „Im Falle der Art. 16, 19 und geeigneten Falls des Art. 20 ist ein Plan vorzuschreiben, wie aus den Früchten des Fideicommisses die darauf angewiesenen Schulden getilgt oder die Verminderung der Substanz desselben binnen bestimmten, sowohl von dem dermaligen Besitzer, als den Nachfolgern einzuhaltenden Fristen ergänzt werden müssen. Dieser Plan ist mit Rücksicht auf den Betrag und die Lasten des Fideicommisses so einzurichten, daß in bestimmten Fristen, sobald es geschehen kann, die Schulden getilgt — werden. Alles bei einem Verkaufe, Tausche oder Vergleiche flüssig werdende Geld muß zur Abtragung der auf das Fideicommiß angewiesenen Schulden oder zur Ergänzung oder Vergrößerung der Substanz des Fideicommisses verwendet werden".

[86]) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 16: „Die Anwärter sind berechtigt, über die Erhaltung der Substanz des Fideicommiß-Vermögens zu wachen, in den Fällen, in welchen dem Fideicommiß-Besitzer die Tilgung der Fideicommiß-Schulden obliegt, den Beweis der Zahlung zu verlangen".

dingt ist, Schulden auf die Substanz des Fideicommisses aufzunehmen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß „die Einwilligung der am Leben befindlichen Anwärter" eingeholt werde, welche jedoch, wenn sie „ohne ausreichenden Grund verweigert" wird, „von dem zuständigen Gericht ergänzt werden" kann[87]).

§ 18.

II. Die Rechte der nicht besitzenden Familienglieder.

Im Güterrecht des hohen Adels werden neben dem Rechte der Familie, als Corporation, in ihrer Eigenschaft als Eigenthümerin der Familiengüter, und des Chefs des Hauses, noch hervorgehoben die selbständigen Rechte der Agnaten, der Cognaten und der Wittwe des Vorbesitzers. Diese verschiedenartigen Rechte finden sich in jedem Hause wieder. Das der Agnaten geht auf Betheiligung bei der Abfassung der Familiengesetze und einen Antheil am Ertrage des Familienvermögens; von den Cognaten haben freilich meist nur die Töchter des Familienhauptes Anspruch auf standesmäßigen Unterhalt und Aussteuer, der jedoch auch gegen den Nachfolger geltend gemacht werden kann; der Wittwe des Vorbesitzers gebührt eine standesmäßige Versorgung. Von diesen Ansprüchen findet sich bei den Familienfideicommissen nach gemeinem Recht keiner. Ein Antheil der Agnaten an der Vertretung der Familie fehlt, weil nicht diese, sondern der jeweilige Besitzer Eigenthümer der Fideicommißgüter ist, die übrigen Rechte deshalb, weil das Fideicommißvermögen selten von der Größe ist, um außer dem Besitzer und seiner Familie noch anderen Personen standesmäßigen Unterhalt zu gewähren, somit also der Zweck des Familienfideicommisses, das Ansehen der Familie zu erhalten, geradezu verloren gehen würde, wenn sämmtliche Familienglieder aus den zu jenem gehörigen Gütern versorgt werden sollten. Demgemäß spricht Knipschildt[1]), für den Fall, daß bei einem Familienfideicommiß Individualsuccession besteht, oder doch nicht alle Kinder des Vorbesitzers zur Succession gelangen, unbedingt nur den von derselben ausgeschlossenen Söhnen des Stifters das Recht auf eine honesta sustentatio, den Töchtern ebendesselben auf eine Aussteuer zu.

Allein ähnliche Rechte, wie in den hochadeligen Familien stehen zuweilen auch bei Familienfideicommissen den Agnaten und sonstigen Familiengliedern

---

[87]) B. G. B. § 2533. Dieses Gericht ist das Erbschaftsgericht des Stifters: Verordnung die Ein- und Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen betreffend vom 9. Januar 1865 § 20: „Für die in den §§ 2533 und 1541 angegebenen gerichtlichen Akte ist bei Familienanwartschaften, welche erst nach der Zeit, wo das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten ist, errichtet worden sind, das Gericht zuständig, welches für die Ordnung des Nachlasses des Stifters der Familienanwartschaft zuständig war".

[1]) De fideicommissis familiarum VI n. 210—237.

in Folge besonderer Anordnung des Stifters oder particularrechtlicher Vorschrift zu. Wir sahen bereits oben, daß durch die Stiftungsurkunde und das Particularrecht dem Besitzer die Pflicht auferlegt werden kann, gewisse, zur Fideicommiß-Familie gehörende Personen zu alimentiren und zu dotiren. Ebenso kann aber solchen Personen durch das Eine wie durch das Andere ein Anspruch auf einen bestimmten Theil der Einkünfte des Fideicommisses eingeräumt sein. Es wird dies namentlich dann der Fall sein, wenn agnatische Succession, und zwar besonders Individualsuccession vorgeschrieben ist. Solche Bestimmungen enthalten die Braunschweigischen Gesetze über die Errichtung von Familienstammgütern vom 28. März 1837 und 20. Mai 1858. Beide schreiben als Successionsordnung die Primogenitur mit Ausschluß der Weiber, so lange der Mannsstamm blüht, vor[2]), dagegen erhalten aber die nicht succedirenden Söhne und Töchter, sowie die Wittwe des Vorbesitzers (die beiden letzteren nach dem Gesetz von 1837 freilich nur, wenn sie nicht aus dem Allodialvermögen des Vorbesitzers so viel erhielten, als zu ihrem angemessenen Auskommen erforderlich, nach dem Gesetz von 1858 nicht jede Wittwe, sondern nur die „zur Erbschaft mit berufene") Abfindungen, bestehend in einer Quote des Ertrags des Fideicommisses. Der Betrag derselben richtet sich nach der Zahl der Abfindungsberechtigten. Und nach dem Gesetz von 1837 ist derselbe auch bei Söhnen und Töchtern, welchen die Wittwe gleichgestellt ist, verschieden. Es beträgt nämlich nach diesem Gesetz die einem Sohn gebührende Quote, wenn nur ein einziger Abfindungsberechtigter da ist, ein Fünftel des Reinertrags des Guts, bei zwei Abfindungsberechten ein Sechstel, bei drei zwei Fünfzehntel, bei vier und mehr ein Zehntel. Die Abfindung der Töchter und der Wittwe beträgt die Hälfte von der der Söhne. Mehr als die Hälfte des Reinertrags darf jedoch zu Abfindungen nicht verwendet werden[3]). Das

[2]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23 N. 1 u. 2. vom 20. Mai 1858 § 6 N. 1 u. 2.

[3]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23: — „3. Die Abfindungen der Nachgeborenen und die der Töchter sollen aber, so wie die Witthümer, nur in dem lebenslänglichen Genusse eines Theils der Gutsaufkünfte bestehen; sie sollen nicht vererben, sondern mit dem Tode der Berechtigten zum Besten des Gutsinhabers zurückfallen —; 4. Die Größe der Abfindungen soll nach folgenden Grundsätzen bestimmt werden: a) dieselbe richtet sich nach der Zahl sämmtlicher abzufindender Personen, die Wittwe mit eingerechnet; b) die Abfindung jedes Sohnes soll das Doppelte des für jede Tochter festgesetzten Betrages ausmachen, und die Abfindung der Wittwe soll der jeder Tochter gleich sein; c) die Abfindung jeder Tochter soll betragen, wenn überhaupt abzufinden sind: 1 Person $\frac{1}{10}$, 2 Personen $\frac{1}{12}$, 3 Personen $\frac{1}{15}$, 4 Personen oder mehr $\frac{1}{20}$ vom Reinertrag des Guts. Es darf jedoch auch wenn mehr als 4 Personen vorhanden sind, der Gesammtbetrag der Abfindungen der Wittwe, der Töchter und der Söhne die Hälfte des Reinertrags des Guts nie übersteigen. Vielmehr ist in einem solchen Falle der Gesammtbetrag aller Abfindungen auf die Hälfte des Reinertrags

Gesetz von 1858 hat die den Abfindungsberechtigten gebührenden Quoten geändert, indem es keinen Unterschied mehr zwischen Söhnen und Töchtern macht, und die einer Person gebührende Quote bei dem Vorhandensein von einem Abfindungsberechtigten auf ein Achtel, bei zweien auf ein Zehntel, bei drei auf ein Zwölftel und bei vier auf ein Fünfzehntel festsetzt. Dabei wird jedoch die Bestimmung des Gesetzes von 1837 festgehalten, daß die Summe aller Abfindungen niemals die Hälfte des Reinertrags des Guts übersteigen darf[4]).

Außerdem kann den Agnaten durch die Stiftungsurkunde, wie durch Particulargesetze ein gewisser Antheil bei der Verwaltung des Fideicommißvermögens eingeräumt werden. Dabei hieße es freilich das Fideicommißverhältniß und die Stellung des Besitzers verkennen, wenn eine gemeinschaftliche Verwaltung des Vermögens durch die Agnaten und den Besitzer angeordnet wäre. Dies ist z. B. der Fall, wenn bei einem Geldfideicommiß die Vorschrift besteht, daß die Kündigung und Einziehung, sowie anderweitige Belegung der zu demselben gehörigen Capitalien nur durch gemeinsamen Beschluß des Inhabers und der Agnaten erfolgen kann. Dagegen ist es sehr wohl mit dem Wesen des Familienfideicommisses verträglich, den Agnaten ein ähnliches Aufsichtsrecht über die Verwaltung des Besitzers, verbunden mit der Befugniß, gegen Rechtswidrigkeiten, welche sich dieser in Betreff des Fideicommisses zu Schulden

---

zu reduciren und diese nach den unter b gegebenen Bestimmungen unter sämmtliche Abzufindende zu vertheilen und so der Betrag der Abfindung jedes Einzelnen festzustellen. Haben die Wittwe oder die Töchter aus dem Allodialvermögen des letzten Gutsinhabers so viel erhalten, als zu ihrem angemessenen Auskommen hinreicht, so fallen die Abfindungen aus dem Stammgute hinweg, und sie werden bei Ausmittelung der Größe der Abfindungen nicht mit gezählt. 5. Der Betrag der Abfindungen wird nach den zur Zeit des Todes des Erblassers bestehenden Verhältnissen festgestellt, und leidet keine Veränderung weder dadurch, daß später die Zahl der jetzt abzufindenden Personen sich vermindert, noch dadurch, daß durch neue Erbfälle neue Abfindungen hinzukommen. Haften jedoch bei dem Tode eines Stammgutsbesitzers annoch Abfindungen zu Gunsten anderer Verwandten auf demselben, so sind die Abfindungen für seine Wittwe, seine Töchter und seine nachgeborenen Söhne vorerst nicht nach dem vollen Reinertrage des Gutes, sondern nur nach demjenigen Theile desselben, welcher nach Absatz jener älteren Abfindungen übrig bleibt, zu bestimmen, später aber, sobald eine ältere Abfindung zurückfällt, jedesmal nach Verhältniß des Betrages der letzteren zu erhöhen".

[4]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 6 N. 1. 2. 7. 8. 9 im Wesentlichen bis auf die im Text hervorgehobenen Abweichungen übereinstimmend mit den in der vorigen Note gegebenen Vorschriften des Gesetzes von 1837. Neu ist die Bestimmung der N. 9 a. E.: „Der Anspruch auf Abfindung ruht als Reallast auf dem Stammgute. Der Stammguts-Nachfolger ist jedoch, vorbehältlich seines Regresses gegen die Allodialerben seines Vorbesitzers für die von letzterm unberichtigt gelassenen Renten nur insoweit verhaftet, als sie spätestens binnen zwei Jahren von ihrer Fälligkeit angerechnet, gegen ihn geltend gemacht werden".

kommen läßt, sofort einzuschreiten, einzuräumen, wie es, nach dem, was oben bemerkt wurde[5]), einem besonderen Curator zugestanden werden kann. Und zwar kann denselben ein derartiges Recht zukommen neben einem Curator, oder ohne daß ein solcher bestellt ist.

Können nun derartige Rechte den Agnaten dem Fideicommißbesitzer gegenüber unbedingt durch den Stifter, wie durch die Gesetzgebung eingeräumt werden, so hätte denselben eine ähnliche Stellung, wie in den hochadeligen Familien nach den Particularrechten (und freilich auch nach den Juristen) schon von selbst gebührt, welche die Familie als Obereigenthümerin des Fideicommißvermögens auffassen. Allein diese Consequenz hat, wie bereits Beseler[6]) und in neuester Zeit Gierke[7]) hervorgehoben, nur das preußische Recht gezogen. Das Landrecht nämlich stellt den Grundsatz auf[8]): „In allen Fällen, wenn bei getheiltem Eigenthume die Einwilligung des Obereigenthümers zu einer Verfügung erforderlich ist, muß dieselbe bei Fideicommissen durch einen Familienschluß getroffen werden"; ein solcher Familienschluß aber kann nur unter Zuziehung sämmtlicher existirender Familienglieder, welche gewissermaßen eine juristische Person bilden, zu Stande kommen[9]). Durch diese Organisation der Familie sind auch Verfügungen über die Substanz des Fideicommisses während des Bestehens desselben möglich geworden[10]), so daß sich die hierauf bezüglichen Vorschriften des Landrechts nicht als rein positive Bestimmungen darstellen. Andere Bestimmungen sind freilich nicht aus dieser Auffassung der Familie zu erklären, sondern positiver Natur. So das Erforderniß der Zuziehung zweier Anwärter bei der Contrahirung nothwendiger Darlehne auf die Einkünfte des Fideicommisses[11]), bei der Führung von Processen, welche die Substanz des Fideicommisses betreffen[12]), und bei der Einziehung und anderweitigen Unterbringung der Fideicommißcapitalien[13]). Andere Particularrechte haben sich damit begnügt, den Agnaten einzelne Befugnisse dem Besitzer gegenüber zu gewähren, die das Oesterreichische Gesetz-

---

[5]) S. 167 ff. [6]) System § 176 Note 22.

[7]) Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. I (Berl. 1868) S. 426.

[8]) § 76 A. L. R. II, 4.

[9]) §§ 42—44 A. L. R. II, 4. Hierbei sind die Handlungsunfähigen durch Vormünder zu vertreten. Auch den zur Zeit des Familienschlusses bereits concipirten, aber erst später geborenen Familiengliedern sind Vormünder zu bestellen, um über jenen gehört zu werden.

[10]) § 78. § 133. A. L. R. II, 4. Das ist auch anerkannt im Gesetz vom 15. Februar 1840 § 1. Durch §§ 15. 16 dieses Gesetzes ist die Regel, daß eine jede Verfügung über die Substanz durch das Zustandekommen eines Familienschlusses bedingt ist, in so fern wesentlich modificirt worden, als bei vielen Verfügungen dieser Art nur die Zuziehung von zwei Anwärtern für erforderlich erklärt ist

[11]) § 80 ff. A. L. R. II, 4. [12]) § 117 ff. A. L. R. II, 4.

[13]) § 128 f. A. L. R. II, 4.

buch und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse allerdings als Ausflüsse des denselben zukommenden Obereigenthums darstellen. Sehen wir von dem bereits betrachteten Recht der Agnaten ab, bei Verfügungen über die Substanz des Fideicommisses mitzuwirken, so bestimmt das Oesterreichische Gesetzbuch im § 630: „Das Obereigenthum berechtiget die Fideicommiß-Anwärter, die Hinterlegung der Fideicommiß-Schuldscheine zu Gerichtshanden zu verlangen; eine üble Verwaltung der Fideicommiß-Güter gerichtlich anzuzeigen; zur Vertretung des Fideicommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideicommiß-Curator in Vorschlag zu bringen; überhaupt alle zur Sicherheit der Substanz nöthige Maßregeln zu treffen". Ganz ebenso verhält es sich mit dem Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse. Auch hier wird den Anwärtern die Befugniß eingeräumt, über die Beobachtung der Fideicommißstiftung zu wachen und die dazu tauglichen Mittel anzuwenden[14]). Diese Mittel, welche denselben gewährt werden, bestehen in dem Recht, von dem Besitzer die Anfertigung eines Inventars zu beanspruchen[15]), ferner „zu verlangen, daß die Schuld-Briefe über die zum Fideicommiß gehörigen Capitalien auf den Namen des Fideicommisses als Gläubiger gestellt, und bei Gericht zur Verwahrung hinterlegt werden, eine üble Verwaltung der Fideicommiß-Güter dem Gerichte anzuzeigen[16]), und den Antrag auf Sequestration derselben zu stellen[17]). Nach dem Braunschweigischen Gesetz vom 20. Mai 1858 sind die Anwärter (und zwar jeder einzelne) befugt, bei Deteriorationen der Fideicommißgüter die Sequestration derselben zu beantragen[18]); und nach dem großherzoglich Hessischen Gesetz vom 13. September 1858 bei „dem zuständigen Gericht" auf Abhülfe zu bringen, wie sie auch nach dem letzteren Gesetz in den Fällen, in welchen dem Fideicommiß-Besitzer die Tilgung von Fideicommiß-Schulden obliegt, den Beweis der Bezahlung derselben von diesem verlangen können[19]). Das Badische Landrecht endlich, welches derartige Befugnisse den Anwärtern nicht zuspricht, giebt denselben bei der an sich, auch ohne Genehmigung der Agnaten dem Besitzer gestatteten Veräußerung von Nebenstücken und Pertinenzen des Stammguts an Fremde, d. h. nicht im Fideicommißverbande stehende Personen, ein Näherrecht[20]).

---

[14]) Edict § 43: „Vermöge des Miteigenthums sind die Anwärter berechtigt — 4) — sowohl für Erhaltung als für Erfüllung der fideicommissarischen Anordnungen zu wachen, und darüber in den geeigneten Fällen die gerichtliche Hülfe nachzusuchen".

[15]) Edict § 43 N. 1 (s. o. Seite 160 Note 41).

[16]) Edict a. a. O. N. 2 u. 3.

[17]) Edict § 71 (s. o. S. 173 Note 25).

[18]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 7 (s. o. S. 175 Note 32).

[19]) Großherzogl. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 17 (s. o. S. 174 Note 30).

[20]) Badisches Landrecht Art. 577 ch.: „Der Stammgutsberechtigte hat als-

III. Die Fideicommißsuccession.

§ 19.

Wesen der Fideicommißsuccession.

Das wesentlichste Stück einer Fideicommißerrichtung ist, wie oben[1]) ausgeführt wurde, das Veräußerungsverbot. Durch dieses wird bewirkt, daß die zum Fideicommiß gewidmeten Güter nicht aus der Familie fallen, sondern dieser erhalten bleiben. Allein das Veräußerungsverbot könnte nicht diese Wirkung haben, wenn dasselbe nicht durch die eigenthümliche Natur der Fideicommißfolge unterstützt würde. Wäre diese nämlich eine gewöhnliche Erbfolge, der Fideicommißnachfolger also Universalsuccessor des Vorgängers und somit verpflichtet, facta defuncti zu präſtiren, so könnte durch einen jeden Besitzer die Substanz des Fideicommisses unbedingt geschmälert, ja dieses ganz aufgehoben werden. Allein die Fideicommißfolge wurde nicht als Universal- sondern als Singularsuccession aufgefaßt. Hierbei berief man sich jedoch nicht auf das römische Recht, nach dessen Grundsätzen vom legatum successivum auch der Nachfolger im Verhältniß zu seinem Vorbesitzer als Singularsuccessor erschienen wäre, vielmehr zog man einen Begriff herbei, der von den italienischen Juristen für die Lehnsnachfolge bereits ausgebildet war. Es ist dies die successio ex pacto et providentia maiorum. Die Anwendung dieses Begriffs auf das Familienfideicommiß war unbedenklich. Denn wenn die Vorschrift von II F. 45, daß der Agnat das Lehn erwerben und doch den Allodialnachlaß des verstorbenen Vasallen ausschlagen dürfe, von der Glosse zu dieser Stelle durch den Satz begründet wird: Hoc ideo contingit, quia potius principali providentia, quam ex iudicio sive ex successione defuncti ad eum penvenit; — a maioribus enim potius hoc intelligitur, quam ab isto; so lag die hier gesetzte Voraussetzung auch beim Familienfideicommiß vor.

Zunächst freilich ging die Theorie von der successio ex pacto providentia maiorum vom Lehnrecht über auf die Thronfolge und die außerhalb Deutschlands und der deutschen Familienfideicommisse bestehenden Individualsuccessionen. So finden wir dieselbe in gewissem Sinne angewendet auf die Natur der Regierungsnachfolge, freilich mit specieller Rücksicht auf Frankreich von Molinäus[2]), welcher bemerkt, daß das regnum Franciae übertragen werde

---

dann (scil. bei der Veräußerung einzelner Nebenstücke und Zugehörden des Stammguts), wenn der Erwerber ein Fremder ist, das Recht, in den Erwerb unter gleichen Bedingungen in gesetzmäßiger Zeit und Art einzustehen". Die Wortfassung nöthigt uns keineswegs das Retractrecht nur dem zunächst zur Succession Berechtigten zuzusprechen.

[1]) S. S. 102 ff.

[2]) Commentarii in parisienses consuetudines (opera Dionysii Gothofredi Paris. 1596) t. I § 13 gl. 3 n. 8.

non iure haereditario, sed solummodo iure sanguinis et legis, sive consuetudinis regni. Von anderen Schriftstellern wurde freilich die umgekehrte Behauptung aufgestellt: primogenitum succedere in regno tanquam heredem, non autem illud iure proprio aut sanguinis consequi[3]); ja es wurde sogar eine Verschiedenheit der successio ex providentia maiorum und der, welche iure hereditario stattfinde, geleugnet, wofür man sich seltsamer Weise gerade auf das Lehn berief[4]). Dagegen ist die Lehre wieder aufgenommen und auf die spanischen Primogenituren angewendet von Molina. Dieser handelt nämlich im Anfange seines Werkes: de Hispanorum primogeniorum origine ac natura von der Natur der Primogenituren oder Majorate, welche er als eine Species der (römischrechtlichen) Familienfideicommisse auffaßt. In dieser Hinsicht bemerkt er nun[5]), wenn das Majorat in einem Contract errichtet werde, so sei dasselbe quaedam donatio sub modo seu sub conditione facta omnibus primogenitis familiae: ita ut perpetuo ordine successivo succedant, werde es dagegen in einer letzwilligen Verfügung errichtet, in effectu erit quaedam heredis institutio, legatum vel praelegatum factum primo successori, ita ut mortuo eo hereditas, legatum vel praelegatum sequentibus successoribus primogenitis ex familia testantis procedentibus ordine successivo perpetuo deferatur. Bei einer derartigen Primogenitur, sagt er weiter, succedirten die sequentes successores non proprie tanquam fideicommissarii, noch auch seien sie verpflichtet ad propriam restitutionem, sondern beim Tode des Vorbesitzers gehe auf den Nachfolger absque restitutione ipso iure dominium ac possessio rerum über, und zwar erwerbe letzterer das Recht ex propria persona, nicht aber ex iure sibi a praecedente successore transmisso. Später kommt Molina noch einmal hierauf zurück. Er sagt nämlich primogenii successio defertur filiis, ut filiis, non ut heredibus. Demnach succedire der filius primogenitus in das Majorat seines Vaters, auch wenn er nicht dessen Erbe geworden[6]). Die Successoren erhielten nichts vom ultimus possessor sondern vom Stifter; sie succediren iure sanguinis, nicht iure hereditario. Der Sohn des letzten Majoratsbesitzers könne nicht weniger, wie der Agnat die Erbschaft desselben ausschlagen und doch das Majorat erwerben[7]). In derselben Weise wird die Natur der

---

[3]) Tiraquellus, de iure primigeniorum qu. 35 n. 3 sqq. und die von ihm in n. 3 citirten Schriftsteller.

[4]) Tiraquellus l. c. n. 16: — ius primogeniturae defertur ex providentia superioris, vel ex iure consuetudinario. — Nihilo ob id secius illud consequimur iure hereditario, ut patet in feudo, quod debetur ex providentia superioris — tamen defertur iure hereditario. Für diese in Betreff des Lehns aufgestellte Behauptung stellte man einander gegenüber I F. 1 § 2 u. I F. 11.

[5]) De Hispan. primog. I c. 1 n. 16 sqq.

[6]) L. c. I c. 8 n. 3. [7]) L. c. n. 10—12.

Succession in Majorate und die Thronfolge aufgefaßt von einem späteren (gleichnamigen) Schriftsteller, dem Jesuiten Molina in seinem Tractat de maioratibus[8]). Er hebt es zu wiederholten Malen hervor, daß bei Majoraten, wie bei der Regierungsfolge keine Succession iure hereditario und ex voluntate anterioris possessoris, sondern ex iure sanguinis atque ex pacto et providentia primi institutoris stattfinde[9]).

Von den deutschen Schriftstellern läßt Betsius eine Anwendung des Begriffs der successio ex pacto et providentia maiorum, deren er bei dem Lehn ausdrücklich Erwähnung thut[10]), auf die Primogenituren erkennen, indem er einmal bemerkt, daß den Privatdispositionen (pacta, contractus, ultimae dispositiones), auf denen jene beruhten, eine duplex ratio innewohne: prima ne huiusmodi (scil. der Primogenitur unterworfene) res extra familiam alienentur; secunda, ut a priore subsequenti primogenito eae in perpetuum restituantur[11]); und dann unter Berufung auf des älteren Molina Werk es als das Wesen der Primogenitur angiebt, daß bona ipsa integra et sine aliqua diminutione gradatim perveniant de primogenito in primogenitum[12]). Vollständig zum Bewußtsein und zum Ausdruck gekommen

[8]) Herausgegeben in Deutschland zusammen mit dem Tractat des Jacobus a Saa, de primogenitura und ein paar kleineren Abhandlungen von Biermann unter dem Titel: De primogenitura tractatus duorum nobilissimorum Hispaniae iuris consultorum Jacobi a Saa et Ludovici Molinae Hanoviae 1612. Nach der Citirweise einiger Juristen hat es fast den Anschein, als ob sie die beiden Arbeiten als ein Werk, welches von den genannten Schriftstellern gemeinschaftlich verfaßt worden, hielten, während doch die Schrift des Saa früher ist und von Molina bereits citirt wird. Uebrigens ist der Tractat des Molina einem größeren Werk desselben: de iustitia et iure entnommen, und zwar füllt jener aus die disp. 624—634 des letzteren. Nach diesen Disputationen citire ich hier.

[9]) Disp. 626 n. 8 (p. 202 sq.) u. n. 18 (p. 226 sq.). An dieser letzteren Stelle sagt Molina: „Cum regna a re publica emanarint in primos reges, et tam in illis, quam in reliquis maioratibus succedatur, non ex praescripto et voluntate anterioris possessoris, neque ex iure aliquo ab antecessore, aut ab aliquo intermedio, transmisso in eum, qui succedere debet: sed in eis succedatur ex praescripto, vocationibus et ordinationibus reipublicae sibi regem constituentis, aut ex praescripto et vocationibus instituentis maioratum, ut ostensum est; neque aliquis successorum illud dominiumque illius acquirat, nisi solum in tempus vitae suae, qua finita transit ipso iure in sequentem vocatum a republica, aut ab alio institutore, vi eiusdem vocationis ac institutionis, ut etiam explanatum probatumque est: liquido sane constat, neque regnum, neque alios maioratus esse hereditates transmissas et derivatas a possessoribus eorum in successores, nec proinde successores iure hereditario succedere in illis, sed sanguinis, atque ex pacto et providentia primi iustitutoris.

[10]) De statutis VIII § 55.

[11]) L. c. VIII § 4. [12]) L. c. VIII § 59.

ist der Begriff der successio ex pacto et providentia maiorum, als Charakter der Fideicommißsuccession bei Knipschildt. Er hebt denselben an verschiedenen Stellen seines Tractats hervor. So wiederholt er einmal in Betreff der deutschrechtlichen Familienfideicommisse (haec nostra familiarum fideicommissa) und der Majorate die von den spanischen Juristen gemachte Bemerkung, non iure hereditario sed — ex speciali institutoris dispositione succeditur[13]); sodann hebt er hervor, daß den Agnaten zustehe ein ius in bonis istis fideicommisso perpetuo affectis quaesitum et radicatum —, cum ex ipsius primi instituentis dispositione indubitato succedant[14]), was er an einer anderen Stelle in folgender Weise weiter ausführt: fideicommissi institutor ipsa bona fideicommissaria perpetuo in familia permanere et ad omnes de familia in infinitum et qui unquam sunt extituri, pervenire voluit, atque ita ex ipsius institutoris intentione omnibus de familia, quandocunque ad ipsos successionis ordo pervenerit, ius in bonis istis quaesitum est[15]). Abgesehen von diesen wörtlichen Aussprüchen zeigt sich die Anwendung des in Rede stehenden Princips aus den von Knipschildt daraus gezogenen einzelnen Consequenzen. An dieser Auffassung hat man auch in der Folgezeit stets festgehalten und die Fideicommißfolge als eine successio ex pacto et providentia maiorum bezeichnet[16]).

Daß die Auffassung der Fideicommißsuccession als Singularsuccession die einzig richtige ist, ergiebt sich aus einer Betrachtung des Fundaments derselben. Das Recht eines jeden Fideicommißfolgers beruht auf der Anordnung des Stifters, daß gewisse Güter der Familie erhalten und in dieser an bestimmte, ausdrücklich oder stillschweigend bezeichnete, Mitglieder gelangen. Somit ist in der That der Erwerbsgrund für ein jedes derselben der Wille des Stifters; daneben eben in Folge dieses Willens die Zugehörigkeit zu der von jenem berufenen Familie. Hiervon abgesehen ist sein Verhältniß zum Vorbesitzer ohne alle Bedeutung, namentlich kommt es darauf gar nicht an, ob er zugleich Erbe

---

[13]) De fideicommissis familiarum IX n. 61. Vgl. VIII n. 18: Haec bona iure singulari et ex dispositione primi instituentis ad successores pertinent

[14]) L. c. VIII n. 380.

[15]) L. c. XI n. 395. Auch Knipschildt behandelt die Natur der Fideicommißsuccession mit der der Thronfolge ganz gleich, von der er (c. III n. 22) sagt: es sei omnis — defuncti ordinatio nulla, quae in fraudem legitimi successoris tendit, cum commodum illud successionis non beneficio defuncti, sed sanguinis, generis ac familiae intuitu habeat, et successio illa non iure hereditario, sed iure regni vel ducatus, non iure communi, sed iure singulari, non a defuncto, sed a lege vel consuetudine regni, ducatus vel comitatus, non titulo universali, sed particulari devolvatur. An dieser Stelle macht er auch auf die Analogie des Lehns (n. 23) aufmerksam.

[16]) So z. B. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 24 N. 3. Puetter, sylloge p. 38.

desselben geworden ist oder nicht, wie auch eben hieraus das Recht für ihn folgt, die Erbschaft auszuschlagen, ohne damit seines Anrechts auf das Fideicommiß verlustig zu gehen. Er tritt allerdings in dasselbe Recht ein, welches der Vorbesitzer gehabt, aber sein Recht ist nur in so fern durch das seines Vorgängers bedingt, als der für den Erwerb des Eigenthums an den Fideicommißgütern ihm gesetzte Anfangstermin der Todestag jenes ist. Hieraus ist ersichtlich, daß die Fideicommißsuccession sich von einer jeden anderen Singularsuccession, welche auf Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w. beruht, in keiner Weise unterscheidet.

Dieser Charakter der Fideicommißfolge als einer successio ex pacto et providentia maiorum, als einer Singularsuccession ist auch in einigen Particularrechten zum Ausdruck gekommen. So im Badischen Landrecht, welches im Art. 577 cn. verordnet: „Der Stammerbe, als solcher, ist nicht Erbe des letzten Besitzers, sondern des ersten Stammhaupts, und trägt daher keine Lasten, als solche, welche aus Handlungen des Stammhaupts[17]) auf ihn kommen; er kann das gemeine Erbe des letzten Besitzers antreten oder ausschlagen, selbst wenn er dessen Sohn wäre, ohne Nachtheil seines Sondererbrechts am Stammgut". In gleicher Weise schreibt das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse (im § 77) vor: „Das Recht zur Erbfolge in Familien-Fideicommisse gründet sich in der Anordnung des Constituenten" — und ferner: (§ 82) „Der Fideicommiß-Folger ist die Allodial-Erbschaft seines Vorgängers, selbst wenn dieser sein Vater war, auszuschlagen berechtigt". Dasselbe ist ausgesprochen in der Bestimmung des Braunschweigischen Gesetzes vom 28. März 1837 (§ 229): „Die Nachfolger des jedesmaligen Besitzers können seine Allodialerbschaft ausschlagen und nur in das Stammgut succediren"[18]); wie sich die gleiche Bestimmung in dem Gesetz vom 20. Mai 1858 findet[19]).

Die Bedeutung dieser Natur der Fideicommißsuccession für die Wirksamkeit des Veräußerungsverbots, und somit die Erhaltung der Fideicommißstif-

---

[17]) Diese Bezeichnung halte ich nicht für glücklich. Danach wäre nämlich der zuerst zum Genuß des Fideicommisses Berufene berechtigt, Verfügungen über dieses zu treffen, welche alle Successoren anerkennen müßten. Ein derartiges Recht hat das Gesetzbuch aber schwerlich dem ersten Fideicommißinhaber, als solchem, einräumen wollen, vielmehr nur an den Fall gedacht, wo es sich um Schulden handelt, die schon vor der Stiftung von den Besitzern der Güter contrahirt waren.

[18]) Auch der § 23 des Gesetzes läßt sich dafür anführen, wo es heißt: „Das Familien-Stammgut soll nach den Grundsätzen der Lehnsnachfolge auch ferner vererbt werden". Natürlich ist, wie sich das aus der angeführten Vorschrift des § 22 ergiebt, damit nicht gesagt, daß die Söhne eines Fideicommißbesitzers als dessen Universal-Successoren gelten sollen.

[19]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 3.

tung ist bereits hervorgehoben worden. Dieselbe macht sich aber auch darin geltend, daß eine etwaige Enterbung des Successors von Seiten des Vorbesitzers niemals die Wirkung haben kann, denselben von der Nachfolge in das Fideicommiß auszuschließen. Da nämlich der Successor sein Recht von dem Stifter, nicht aber von seinem Vorgänger ableitet, so wäre die von letzterem auf die Fideicommißgüter ausgedehnte Exheredation eine Enterbung in Betreff eines Vermögens oder gewisser Güter, welche demselben gar nicht gehörten. Sie ist daher ohne Effect, denn die Qualität eines Familiengliedes kann Niemandem durch Enterbung genommen werden. Das machen schon die älteren Schriftsteller geltend[20]), obwohl einige auch eine Ausschließung von der Succession durch den Vorgänger für möglich halten[21]). Daß natürlich der Stifter den Fideicommißbesitzern die Befugniß beilegen kann, ihre Kinder aus den gesetzlichen Enterbungsgründen von der Nachfolge in das Fideicommiß auszuschließen, oder auch bestimmen darf, daß die von ihren Eltern ex iusta caussa enterbten ipso iure von der Succession ausgeschlossen sein sollen, wie dies die älteren Juristen noch besonders hervorzuheben für nöthig halten[22]), liegt auf der Hand. Endlich ist durch die Natur der

---

[20]) Molinaeus l. c. n. 12. Molina l. c. I c. 9 n. 1 sqq., wo dies in Betreff der Majorate und sonstigen Güter, in welche man nicht iure hereditario, sondern iure sanguinis succedirt, anerkannt wird. Knipschildt l. c. VIII n. 16 sqq. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 58 N. 5. Stryck, de successione ab int. VII c. 2 § 21. Voet, commentarii ad pandectas (1698) l. V. t. 2 § 56. Oetting, diatriba de fideicommissis (Helmst. 1734) c. 3 § 15 in fin.

[21]) S. dieselben bei Molina l. c.

[22]) Peralta in L. 3 § 3 De hered. inst. n. 87. Molina l. c. n. 3 sq. Molina (n. 8—55) und Stryck (l. c. VII c. 2 §§ 21—23) erörtern an dieser Stelle noch die Frage, ob ein in das Fideicommiß Berufener durch den Stifter selbst wegen Undankbarkeit, die er sich gegen denselben hätte zu Schulden kommen lassen, oder wegen einer zwischen ihm und diesem entstandenen Feindschaft durch letztern von der Succession ausgeschlossen werden könne, und überhaupt wegen solcher Gründe seines Anrechts auf die Nachfolge verlustig gehe. Molina beantwortet die Frage bei den verschiedenen Formen der Errichtung des Majorats und den verschiedenen Arten der Berufung, sowie nach dem verschiedenen möglichen Zeitpunkt, in welchem die Undankbarkeit stattgefunden, oder die Feindschaft entstanden, verschieden. Stryck unterscheidet gleichfalls, ob die Undankbarkeit vor oder nach Errichtung des Fideicommisses begangen und ob das betreffende Familienmitglied speciell oder unter einer Collectivbezeichnung zur Succession in das Fideicommiß berufen ist. Nach meiner Ansicht kann hier nur die nach Errichtung des Fideicommisses begangene Undankbarkeit oder Lieblosigkeit in Betracht kommen, da bei einer vorher begangenen der Stifter die Möglichkeit hat, das undankbare Familienmitglied von der Succession auszuschließen. Eine solche ausdrückliche Ausschließung ist aber auch stets erforderlich. Ohne solche hätten die übrigen Fa-

Fideicommißsuccession die besondere Art der Erwerbung des Fideicommißrechts durch den Successor bedingt. Dasselbe geht nämlich auf diesen nach dem Tode des Vorbesitzers ipso iure über, ohne daß es von seiner Seite einer besonderen Antretung bedürfte. Doch darauf komme ich später zurück.

§ 20.

Die Successionsfähigkeit.

Zur Succession in ein Familienfideicommiß sind berechtigt die vom Stifter dazu Berufenen. Regel ist nun hierbei, daß sie derselbe in einer Collectivbezeichnung zusammenfaßt. Diese Bezeichnung ist eben das Wort Familie. Ohne Unterschied ob diese Familie die des Stifters selbst oder eine fremde ist, begreift man darunter die sämmtlichen Descendenten einer bestimmten Person, nämlich des ersten Fideicommißinhabers. Diese Personen haben durch die Stiftung ein Recht erhalten, welches ihnen durch keine Handlung der Vorbesitzer entzogen werden kann.

Wenn man dieses Recht mit dem aus der lehnrechtlichen Theorie herübergenommenen Ausdruck Erbfolgerecht bezeichnet, wie es noch in unserer Zeit

---

milienmitglieder kein Recht zu fordern, daß dem auch nur durch eine Collectivbezeichnung zur Succession in das Fideicommiß Berufenen, wegen einer Lieblosigkeit, die er sich gegen den Stifter hatte zu Schulden kommen lassen, das Fideicommiß abgesprochen würde. Nur das wird man zugeben müssen, daß der vom Stifter im Allgemeinen Enterbte, auch von der Succession in das Fideicommiß als ausgeschlossen anzusehen ist. Hat sich nun aber ein zur Succession Berufener nach erfolgter Stiftung eine Undankbarkeit gegen den Stifter zu Schulden kommen lassen, so steht dem letzteren eine Ausschließung desselben von der Succession (ohne eine solche verliert ein Anwärter niemals sein Anrecht auf das Fideicommiß) nur in so weit zu, als ihm ein Widerruf der Stiftung gestattet ist. Denn in jedem anderen Fall ist dem Stifter nicht weniger wie einem Besitzer eine Einwirkung auf das Fideicommiß vollständig entzogen. Eine zwischen dem Stifter und einem Anwärter entstandene Feindschaft kommt (wie auch Molina l. c. n. 35 meint) hier nur in so fern in Betracht, als sie in einer Undankbarkeit des Berufenen ihren Grund hat. Die Grundsätze der Indignitätsfälle bei der vorliegenden Frage zur Anwendung zu bringen, wie dies von Molina (l. c. n. 43) in dem Fall, wo die Undankbarkeit erst nach dem Tode des Stifters begangen, geschieht, halte ich nicht für statthaft. Bei Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen handelt es sich nämlich um einen Beweis des Wohlwollens des Testators gegen die Person des Bedachten. Es läßt sich daher die Entziehung des ihm Zugewandten rechtfertigen, wenn er sich jenes Wohlwollens unwürdig macht. Bei einem Familienfideicommiß dagegen hat der Stifter die Erhaltung des Ansehens der Familie zunächst im Auge, und das Wohlergehen des einzelnen Mitgliedes derselben ist ihm gewissermaßen nur ein Mittel zur Erreichung jenes Zwecks.

von einigen Schriftstellern geschieht[1]), so trägt dies m. E. keineswegs dazu bei, eine klare Vorstellung von der Natur desselben zu geben; ja die Bezeichnung ist streng genommen sogar falsch, denn eine eigentliche Erbfolge, ein eigentliches Erbrecht findet bei Familienfideicommissen überhaupt nicht Statt[2]). Man will dadurch andeuten, daß es sich hier bereits „vor der Delation" um „kein bloßes Hoffnungsrecht" handelt, sondern um einen „schon gegenwärtigen Anspruch", der „durch bestimmte Einrichtungen geschützt" werde. Daß aber den Fideicommißanwärtern ein gegenwärtiger gesicherter Anspruch im Gegensatz zu dem den Intestat- wie Testamentserben gebührenden Hoffnungsrecht zustehe, ist nicht richtig. Vielmehr ist das Recht der ersteren bedingt, wie das der letzteren, abhängig nämlich von der Bedingung, daß der Anwärter den Tod des jeweiligen Besitzers erlebt, und daß zu dieser Zeit kein näher berechtigter vorhanden ist. Daß das Recht der Anwärter am Fideicommiß kein gegenwärtiges ist, sieht man schon daraus, daß sie nicht berechtigt sind, eine durch den Besitzer geschehene Veräußerung sofort anzufechten, sondern erst wenn sie selbst zur Succession gelangen. Der eigenthümliche Charakter des Rechts der Anwärter besteht nicht darin, daß es ein gegenwärtiges ist, sondern darin, daß es nicht von dem letzten Besitzer herrührt, sondern von dem Stifter, und daß es durch das von diesem gesetzte Veräußerungsverbot der Einwirkung eines jeden Besitzers entzogen und vor Verletzung geschützt ist. Allein wenn man daraus

[1]) Eichhorn, Einleitung §§ 369. 370. Salza, Familien-Fideicommisse S. 108 f. Beseler, System § 176 N. VIIa; vgl. § 154 N. II. Auch im großherzoglich Hessischen Gesetz findet sich dieselbe Terminologie. Hier heißt es nämlich im § 26: „Das Recht und die Ordnung der Nachfolge in Familien-Fideicommisse können von dem Stifter nach seinem Ermessen bestimmt werden". Im Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse findet sich allerdings auch einmal der Ausdruck „Erbfolge-Recht" im § 78. Allein derselbe hat hier durchaus keine technische Bedeutung als Gegensatz zur Erbfolgeordnung, wie sich dies aus den betreffenden Worten des § 78 („Mit dem Verluste des Adels erlischt demnach zugleich das Erbfolge-Recht in die Familien-Fideicommisse") selbst ergiebt. Wie Freiesleben (die Familienanwartschaft nach dem neuesten Sächsischen Rechte S. 65 f.) herausbekommen hat, daß man nach dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch ebenfalls zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung unterscheiden müsse, ist mir nicht ersichtlich. Bei den älteren Schriftstellern über das Familienfideicommiß, wie Knipschildt, Stryck, Kreittmayr, findet sich eine derartige Unterscheidung nicht.

[2]) Ich schließe mich dem Resultat nach also für die Familienfideicommisse Posse an, der einen Unterschied zwischen Erbfolgerecht und -Ordnung leugnet, in seiner Schrift: Prüfung des Unterschieds zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung (Rost. und Leipz. 1796); s. besonders S. 3—11. S. 17—22. S. 73—81; und die Erbfolge in Lehn- und Stammgüter ohne den Unterschied zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung (das. 1800); s. namentlich S. 7 ff.

die Berechtigung hernehmen dürfte, hier von Erbfolgerecht zu sprechen; so könnte man unbedenklich für das deutsche Recht des Mittelalters den Erben wenigstens in Betreff der Immobilien, wo ihr Erbrecht gleichfalls durch das ihnen zustehende Beispruchsrecht gesichert war, ein Erbfolgerecht beilegen, wie man alsdann dasselbe nach römischem, wie nach heutigem gemeinem Recht in Betreff des Notherben thun könnte, dem der Pflichttheil, wenn er sich nicht selbst desselben verlustig macht, nicht entzogen werden darf, dessen Anspruch auf denselben vielmehr gleichfalls durch eine Klage geschützt ist.

Ich vermeide daher diesen Ausdruck, behandele aber an dieser Stelle die allgemeinen Voraussetzungen des Successionsrechts, welche die Juristen gewöhnlich bei der Lehre vom Successionsrecht abzuhandeln pflegen.

Die allgemeinste Voraussetzung dieses Rechts ist Zugehörigkeit zu der vom Stifter berufenen Familie, Abstammung von dem ersten Erwerber des Fideicommisses. Diese Abstammung muß aber eine eheliche sein. Nur die ehelichen Kinder gehören nämlich zur Familie, nicht auch die, selbst anerkannten, unehelichen[3]). Dagegen sind unbedingt successionsfähig die legitimirten Kinder, nnd zwar ohne Unterschied zwischen den per subsequens matrimonium und den per rescriptum principis legitimirten.

Hinsichtlich der ersteren ist die Sache unbestritten; auf die entgegenstehenden Grundsätze des longobardischen Lehnrechts nimmt man hierbei mit Recht keine Rücksicht[4]). Ja Molina hält sogar derartige Kinder auch dann für

---

[3]) Peregrinus, de fideicommissis art. 22 n. 81—83. Fusarius, de fideicommissaria substitutione qu. 354. Knipschildt, de fideicommissis fafamiliarum VIII n. 291—296. Stryck, de successione ab intestato VII c. 2 § 35. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 10 N. 1. Eichhorn, Einleitung § 369 N. II. Salza, Familien-Fideicommisse S. 70. Beseler, System § 176 N. VIIa. Gerber, System § 274. Ebenso die Particularrechte; so der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 10 N. 2. Bayerisches Edict über die Familien-Fideicommisse § 77. Badisches Landrecht Art. 577 ct. Großherzoglich Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 26.

[4]) Molina, de Hispan. primog. III c. 1 n. 6. Knipschildt l. c. VIII n. 327—341. Stryck l. c. VII c. 2 § 36. Die älteren Juristen nehmen dies sogar in dem Fall an, wo in der Stiftungsurkunde die Bestimmung getroffen ist, daß der Successor sit ex legitimo matrimonio procreatus: Molina l. c. n. 10. Vereinzelt wird freilich auch die Successionsfähigkeit der durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder geleugnet: Gans, Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover I, 2 S. 200 f. Von den neueren Particularrechten erkennen einige dieselbe ausdrücklich an, nämlich das Bayerische Edict über die Familienfideicommisse § 77 und das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 Art. 21; andere indirect durch die Bestimmung, daß die legitimatio per subsequens matrimonium dem Kinde die vollen Rechte eines ehelichen gewähre; so das Preußische Landrecht, welches im § 596 II, 2 bestimmt: „Wenn ein Schwängerer die Geschwächte auch ohne Prozeß und Erkenntniß

successionsfähig, wenn die Ehe erst auf dem Todbette des Fideicommißbesitzers, also lediglich in der Absicht, um jene zu legitimiren, geschlossen war, es müßte denn der Beweis geführt werden, daß dies in fraudem der sonst zur Succession Berechtigten geschehen wäre[5]). Doch wurde die Ausnahme von der vollen Wirkung der per subsequens matrimonium bewirkten Legitimation statuirt, daß wenn nach der Geburt eines unehelichen Sohnes der Vater zuerst eine gültige Ehe mit einer Dritten eingeht, und erst nach dem Tode dieser Frau die Mutter jenes unehelichen Sohnes heirathet, letzterer, obwohl durch diese Ehe legitimirt, doch von den in der ersten Ehe gebornen Kindern von der Succession in das Fideicommiß ausgeschlossen werde. Als Grund hierfür wurde angegeben, daß in diesem Falle die legitimen Kinder bereits das Recht auf das Fideicommiß, und zwar als ein ius quaesitum erworben hätten. Wie denselben nun dieses Recht nicht durch die Eingehung einer neuen Ehe entzogen werden könnte, so sei auch ein Retrotrahiren der Legitimation des unehelichen Sohnes zum Nachtheil der aus der legitimen Ehe geborenen Kinder unstatthaft. Daraus zog man weiter den Schluß, daß, wenn zwei filii naturales von verschiedenen Müttern per subsequens matrimonium legitimirt seien, nicht der zuerst geborene, sondern der zuerst (d. h. durch die erste Ehe) legitimirte mit Ausschluß des anderen zur Succession in das Fideicommiß gelange[6]). Diese Ansicht galt bei den älteren als die communis DD. opinio, und es ist dieselbe, sowie die dafür gegebene Begründung und die daraus gezogene Consequenz unbedingt für richtig zu halten[7]). Sehr controvers ist

---

wirklich heirathet: so erlangt das aus dem unehelichen Beischlafe erzeugte Kind, eben dadurch, in allen durch besondere Gesetze nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen, die Rechte und Verbindlichkeiten eines ehelichen". Ebenso das Oesterreichische Gesetzbuch §§ 161. 752.

[5]) L. c. III c. 1 n. 16.

[6]) Molinaeus, in consuetudines Paris. I § 13 gl. 1 n. 37. Tiraquellus, de iure primogeniorum qu. 34 n. 48. Molina l. c. III c. 1 n. 6. Betsius, de statutis IX § 39. Knipschildt l. c. VIII n. 337 sq.

[7]) So auch Salza a. a. O. S. 71. Gerber a. a. O. § 274 Note 4. Auch das Bayerische Landrecht III C. 10 § 9 N. 7 und das Oesterreichische Gesetzbuch haben diesen Grundsatz aufgenommen. Letzteres bestimmt im § 161: „Kinder, welche außer der Ehe geboren und durch die nachher erfolgte Verehelichung ihrer Aeltern in die Familie eingetreten sind, werden, so wie ihre Nachkommenschaft, unter die ehelich erzeugten gerechnet, nur können sie den in einer inzwischen bestandenen Ehe erzeugten ehelichen Kindern die Eigenschaft der Erstgeburt und andere bereits erworbene Rechte nicht streitig machen".

[8]) Molina l. c. III c. 2 n. 2—4. Knipschildt l. c VIII n. 341—372 und die daselbst citirten älteren Schriftsteller. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 10 N. 1. Von den neueren gehören hierher namentlich Eichhorn a. a. O. § 369 N. II. Salza a. a. O. S. 70. Gerber a. a. O. § 274. Gengler, Lehrbuch Anm. zu § 229 B.

aber die Frage, ob die per rescriptum principis legitimirten Kinder successionsfähig seien. Die Mehrzahl der Schriftsteller leugnet es[8]) ohne daß die Ansicht dieser zu irgend einer Zeit als communis DD. opinio hätte angesehen werden können[9]).

Nur in dem Falle ließen einige, dieser Richtung angehörige, Juristen[10]) bei einer solchen Legitimation die Successionsfähigkeit eintreten, wenn der Landesherr den Sohn mit der ausgesprochenen Absicht, um ihn successionsfähig zu machen, legitimirt hatte. So Molina, welcher jedoch nicht unterlassen kann, die Hoffnung auszusprechen, daß principes nostri Christianissimi dies nicht thun würden, wie es bis dahin nicht geschehen sei[11]). Knipschildt hält jedoch einen derartigen Ausspruch des Regenten noch nicht für genügend, vielmehr giebt er diesem die bezeichnete Wirkung nur dann, wenn der Consens der Agnaten hinzukomme, weil diesen das ihnen auf Succession in das Fideicommiß zustehende Recht, welches ein ius quaesitum sei, durch einen Machtspruch des Herrschers nicht entzogen werden dürfe[12]). Ebenso hält Salza eine solche, „auf Bitten oder mit Einwilligung des Vaters" mit der Legitimation zugleich erfolgte besondere Ertheilung der Successionsfähigkeit an die unehelichen Kinder für wirkungslos, und zwar deshalb, weil ein solches Successionsrecht sich nur auf die Güter erstrecken könne, welche dem freien Dispositionsrecht des Vaters unterlägen[13]). Diesen Grund könnte man gelten

[9]) Vgl. Knipschildt l. c. VIII n. 341. Stryck l. c. VII c. 2 § 37.

[10]) S. dieselben bei Stryck l. c. § 41.

[11]) L. c. III c. 2 n. 9. Diese Ansicht theilt auch Stryck (l. c. § 37 sq.), welcher aber einerseits eine solche ausdrückliche Hervorhebung des Zwecks bei der Legitimation nicht fordert, wenn durch die Stiftung, nicht nur sowohl filii legitimi als naturales, sondern auch filii schlechtweg berufen sind, auf der anderen Seite selbst eine so gefaßte Legitimation nicht für hinreichend hält, wenn das Familienfideicommiß von einer persona nobilis errichtet war, oder für Jemanden, dem eine besondere dignitas zustand (und dessen Descendenten), oder wenn ausdrücklich nur legitime Kinder zur Succession berufen waren. Hierbei sieht man nur nicht ein, für welchen Fall eine Legitimation der in Rede stehenden Art erforderlich und zugleich wirksam ist. Uebrigens meint Stryck, daß eine gewöhnliche legitimatio per rescriptum principis den Agnaten, welche ohne dieselbe zur Succession gelangt wären, wenn sie nicht in dieselbe eingewilligt hätten, nicht zum Nachtheil gereichen könne (l. c. § 39 sq.). Die Frage ob der Landesherr seiner Legitimation ausdrücklich diese Wirkung beilegen könne, wirft Stryck gleichfalls auf (l. c. § 41). Er nennt die Juristen, welche dieselbe bejahten, und giebt die Voraussetzungen an, unter denen sie dies für statthaft hielten, spricht sich selbst jedoch nicht über dieselbe aus, sondern meint nur, daß es dem Regenten eigentlich nicht zukomme von der Fülle seiner Macht in praeiudicium tertii sine causa rationabili Gebrauch zu machen, hält denselben auch für verpflichtet, dem Beschädigten Ersatz zu leisten, wenn er einen solchen Schritt mit Rücksicht auf das Staatswohl thue.

[12]) L. c. VIII n. 373—398. [13]) A. a. O. S. 70.

lassen, wenn bei der in Rede stehenden Frage von irgend Jemandem, außer Salza, das Gewicht auf die Einwilligung des Vaters, und nicht viemehr auf die Verleihung des Herrschers gelegt würde. Aus diesem Grunde könnte man daher der speciellen Verleihung des Successionsrechts ihre Wirksamkeit nicht entziehen, wohl aber aus dem von Knipschildt angegebenen, daß dem Landesherrn die Befugniß zur Verletzung von Vermögensrechten nicht zusteht. Eine solche directe Verletzung würde sich aber derselbe zu Schulden kommen lassen, wenn er die Fähigkeit, in ein Fideicommiß zu succediren dem verleihen wollte, welchem dieselbe nach dem bestehenden Recht nicht zustünde.

Was nun aber die für die Meinung, daß die legitimatio per rescriptum noch nicht die Successionsfähigkeit für Familienfideicommisse gewähre, vorgebrachten Gründe betrifft, so sind die der älteren Juristen zum großen Theil sehr allgemeiner Natur und lassen sich fast sämmtlich auf den Satz zurückführen, daß diese Legitimation nicht die vollen Wirkungen der ehelichen Geburt habe, vielmehr die unehelichen Kinder nur in eine der der ehelichen ähnliche Stellung bringe[14]). Sicherer ist schon die Argumentation von Molina, welcher sich auf eine Bestimmung des römischen Rechts stützt. Er macht nämlich geltend, daß nach Nov. 74 c. 1 und 2 liberi naturales bei dem Vorhandensein ehelicher Descendenten nicht durch Rescript legitimirt werden dürften. Allein einmal würde sich die Ausschließung der auf diese Weise legitimirten Kinder von der Fideicommißsuccession nur alsdann rechtfertigen, wenn eheliche Descendenten, nicht aber, wenn blos Agnaten des Vorbesitzers vorhanden wären, und dann würde dieser Grund für das heutige Recht der Familienfideicommisse nicht mehr in's Gewicht fallen, da die angegebene Beschränkung der Nov. 74 jetzt nicht mehr beobachtet wird[15]). Von den neueren Schriftstellern recurriren Eichhorn und Gerber auf die allgemeinen Grundsätze über die Natur der Fideicommißsuccession und die Natur und Bestimmung des Fideicommißvermögens. Allein daraus läßt sich ein Schluß gegen die Successionsfähigkeit der durch Rescript Legitimirten nicht ziehen. Das Fideicommiß ist nämlich gestiftet für den ersten Erwerber und dessen Descendenten. Wer aber zu den Descendenten eines Menschen zu rechnen, darüber entscheiden, da das Familienfideicommiß ein Institut des gemeinen Rechts geworden ist, lediglich die diesem entlehnten Grundsätze. Das gemeine Recht unterscheidet nun in keiner Weise zwischen den Wirkungen der legitimatio per rescriptum principis und per subsequens matrimonium. Sowohl die auf die eine, als auf die andere Art legitimirten Kinder haben die vollen Rechte der ehelichen[16]). Deshalb sind auch die einen,

---

[14]) Das ist auch das eigentliche Resultat der weitläufigen Untersuchung, welche Knipschildt (l. c. n. 341—372) über die vorliegende Frage anstellt.

[15]) Vgl. Puchta, Pandekten § 440.

[16]) Diese Wirkung der legitimatio per rescriptum principis wird ausdrücklich hervorgehoben in Nov. 89 c. 9 § 1: Sit igitur licentia patri in praedictis

wie die anderen hinsichtlich der Familienfideicommisse für successionsfähig zu halten. Daß durch solche Legitimation in die Rechte der Agnaten, welche Anspruch auf die Succession, in Ermangelung von Kindern des Vorbesitzers haben, eingegriffen wird, ist richtig. Allein so wenig man es dem Besitzer verwehren kann, dieses Anrecht der Agnaten auf sofortige Succession nach seinem Tode illusorisch zu machen durch eine Heirath mit der Mutter der von ihm außer der Ehe erzeugten Kinder, so spät dies auch immer geschehen mag, so wenig kann man dieselbe Wirkung dem von ihm nachgesuchten Rechtsact des Regenten, wodurch dieser den unehelichen Kindern die Rechte der ehelichen beilegt, absprechen. Das gilt in Betreff der Familienfideicommisse im Allgemeinen. Es ist aber dasselbe hinsichtlich derer zu sagen, welche für adelige Familien bestimmt sind; denn nach der m. E. richtigen Ansicht[17]) hat für den durchweg unter dem gemeinen Landrecht stehenden niederen Adel die legitimatio per rescriptum principis dieselben Wirkungen wie die per subsequens matrimonium. Die hier vertheidigte Ansicht hat in neuerer Zeit Beseler[18]) vertreten.

Particularrechtlich finden sich freilich abweichende Bestimmungen. So schließt das Bayerische Landrecht die per rescriptum legitimirten Kinder von der Succession in Familienfideicommisse aus[19]). Und dasselbe gilt von dem Edict über die Familienfideicommisse[20]) und dem großherzoglich Hessischen Gesetz vom 13. September 1858[21]). Auch nach Preußischem Landrecht gewährt die landesherrliche Legitimation, da sie überhaupt nicht der Familienrechte theil-

---

casibus matrem in priore schemate relinquenti, imperio preces offerre, hoc declarantes, quia vult naturales suos filios restituere naturae et antiquae ingenuitati et iuri legitimo, ut sub potestate eius consistant nihil a legitimis filiis differentes, quo facto filios ex hoc frui huiusmodi adiutorio.

[17]) Beseler System § 169 Note 4. § 176 Note 34.

[18]) A. a. O. § 176 N. VIIa. a. E.

[19]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 10: In Fideicommisso Familiae kan regulariter jeder succediren, ausgenommen — 2do. Unehlich Gebohrne samt ihren Kindern und Descendenten, welchen auch die Legitimation per Rescriptum Principis nichts vorträgt".

[20]) Edict § 77: „Das Recht zur Erbfolge in Familien-Fideicommisse — geht von ihm (scil. dem Constituenten) oder von demjenigen, zu dessen Vortheil er das Fideicommiß errichtet hat, auf die ehelichen Nachkommen über. Die durch nachfolgende Ehe Legitimirten werden den ehelich Gebohrnen gleich geachtet".

[21]) Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 26: „Das Recht und die Ordnung der Nachfolge in Familien-Fideicommisse können von dem Stifter nach seinem Ermessen bestimmt werden. Ist dieß nicht geschehen, und liegt auch kein etwas anderes vorschreibender Familien-Vertrag vor, so succediren die ehelichen oder durch nachfolgende Ehe legitimirten männlichen Nachkommen des Stifters, beziehungsweise des zunächst zum Fideicommiß Berufenen nach Erstgeburt und Linealfolge".

haftig macht, die Successionsfähigkeit für Familienfideicommisse nicht[22]), vielmehr kann diese einem so legitimirten Kinde nur durch einen Familienvertrag gewährt werden[23]). Ebenso nach dem Oesterreichischen Gesetzbuch, dem zufolge die legitimatio per rescriptum principis dem Kinde nur hinsichtlich des frei vererblichen Vermögens des Vaters ein Successionsrecht gewährt[24]). Im Gebiet des Badischen Landrechts kann natürlich nur von einer Succession der per subsequens matrimonium legitimirten unehelich geborenen Kinder die Rede sein, da dieses Gesetzbuch nur diesen einen Legimations-Modus kennt[25]). Nach dem Braunschweigischen Gesetz vom 28. März 1837 ist dagegen weder den durch Rescript noch durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindern ein Successionsrecht zuzusprechen, da dasselbe für die Familienfideicommisse, und zwar nicht nur die aus früheren Lehngütern, sondern auch die aus Allodialgütern errichteten, die Grundsätze der Lehnsfolge maßgebend sein läßt[26]), von dieser aber der richtigen Ansicht zufolge alle legitimirten Kinder ausgeschlossen sind[27]). Das Gesetz vom 20. Mai 1858, welches nicht die Principien der Lehnsfolge sondern des gewöhnlichen Erbrechts für die Fideicommißsuccession maßgebend sein läßt[28]), schließt (im § 6) die durch Rescript legitimirten aus.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hat meines Erachtens die Successionsfähigkeit den durch landesherrliches Rescript legitimirten Kindern zugesprochen. Es läßt nämlich in Ermangelung einer die Erbfolge in das Familienfideicommiß bestimmenden Anordnung des Stifters, zur Succession gelangen „alle zur gesetzlichen Erbfolge berechtigte Verwandte der bestimmten Familie, mit Ausnahme der an Kindesstatt Angenommenen“ [29]).

---

[22]) § 603 A. L. R. II, 2: „Durch diese (scil. landesherrliche) Legitimation erhält das Kind den Stand des Vaters, und in Ansehung seiner, alle Rechte und Pflichten eines ehelichen Kindes“. § 604: „Es tritt aber dadurch nicht in die Familie des Vaters“.

[23]) § 605 A. L. R. II, 2: „Soll es auch in diese aufgenommen werden: so muß solches durch einen Familienvertrag geschehen“.

[24]) A. B. G. B. § 162: — „Nur die Aeltern können um solche (scil. Begünstigung des Landesfürsten, wodurch das Kind als ein eheliches erklärt wird) ansuchen, wenn sie das Kind gleich einem ehelichen der Standesvorzüge oder des Rechtes an dem frey vererblichen Vermögen theilhaft machen wollen. In Rücksicht auf die übrigen Familien-Glieder hat diese Begünstigung keine Wirkung“. Vgl. § 753.

[25]) Badisches Landrecht Art. 331 ff. Art. 334 ff.

[26]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 §§ 23. 24.

[27]) Vgl. Beseler, a. a. O. § 155 N. Ib.

[28]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 6: „Auf die Vererbung des Familien-Stammguts findet im Allgemeinen das im Herzogthume geltende Erbrecht Anwendung“ —.

[29]) B. G. B. § 2527.

Nun haben die durch den Landesherrn ehelich gesprochenen Kinder dasselbe Erbrecht im Vermögen ihres Vaters, wie die ehelichen[30]), ebenso im Vermögen der ehelichen und legitimirten Kinder ihres Vaters und der Descendenten dieser[31]), nicht aber im Vermögen der Ascendenten und Collateralen ihres Vaters[32]). Dieselben haben somit allerdings nur ein beschränktes Intestaterbrecht gegen die Verwandten ihres Vaters. Daß ihnen aber nichts desto weniger doch Successionsfähigkeit durch das Gesetzbuch gewährt wird, geht daraus hervor, daß dieses es für nöthig gehalten hat, die Adoptivkinder, denen ein noch beschränkteres Erbrecht, nämlich nur dem Adoptivvater selbst gegenüber, zusteht[33]), ausdrücklich von der Succession in das Fideicommißvermögen, auszuschließen.

Den ehelichen Kindern ganz gleich stehen die in einer putativen Ehe erzeugten[34]); sie sind daher auch zur Succession in ein Familienfideicommiß zuzulassen.

Nicht dasselbe aber glaube ich darf man in Betreff der Brautkinder sagen. Bekanntlich gehen die Meinungen über das Verhältniß derselben zu ihrem Erzeuger und der Verwandten desselben, und namentlich das ihnen dem einen wie den anderen gegenüber zustehende Erbrecht sehr aus einander[35]). Sogar die ältere, dem vortridentinischen canonischen Recht gemäße, Ansicht, daß

---

[30]) B. G. B. § 2021: „Außerehelich Geborene, welche durch den Landesherrn ehelich gesprochen worden sind, haben, wenn nicht in der über ihre Ehelichsprechung ausgefertigten Urkunde etwas Anderes bestimmt ist, ein gesetzliches Erbrecht an dem Vermögen ihres Vaters, wie Eheliche, und es steht den zur Zeit ihrer Ehelichsprechung vorhanden gewesenen ehelichen Kindern vor ihnen kein Vorzug zu".

[31]) B. G. B. § 2022: „Außerehelich Geborene, welche ehelich gesprochen worden sind, beerben: 1) die ehelichen, gleichviel ob vor oder nach ihrer Ehelichsprechung geborenen Kinder ihres Vaters, und zwar wie Halbgeschwister, 2) andere ehelich gesprochene Kinder ihres Vaters wie vollbürtige oder halbbürtige Geschwister, je nachdem sie mit diesen dieselbe Mutter haben, oder nicht, 3) die ehelichen Abkömmlinge ihrer unter Nr. 1 und 2 erwähnten Brüder, ingleichen die ehelichen und außerehelichen Abkömmlinge ihrer unter denselben Nummern gedachten Schwestern".

[32]) B. G. B. § 2023: Außerehelich Geborene, welche ehelich gesprochen worden sind, haben kein gesetzliches Erbrecht an dem Vermögen der Voreltern und Seitenverwandten ihres Vaters. Haben diese Personen der Ehelichsprechung zugestimmt, so steht den Ehelichgesprochenen gegen sie und ihre Abkömmlinge ein gesetzliches Erbrecht zu".

[33]) B. G. B. § 2044: „An Kindesstatt Angenommene beerben, soweit nicht in dem über die Annahme an Kindesstatt errichteten Vertrag etwas Anderes bestimmt ist, den Annehmenden wie eheliche Kinder, mit der Beschränkung im § 2568". § 2045: „Den Ehegatten, die Kinder und andere Verwandten des Annehmenden beerben die an Kindesstatt Angenommenen nicht".

[34]) C. 2. C. 15 X Qui filii sint legit. (4, 17).

[35]) Vgl. Puchta, Pandekten § 41 Note k.

diese Kinder den ehelichen ganz gleich behandelt würden, ist noch in neuerer Zeit in einigen Entscheidungen vom Ober-Appellationsgericht zu Darmstadt[36]) vertreten worden, wogegen umgekehrt die Ober-Appellationsgerichte zu Kiel[37]) und Rostock[38]) denselben sogar ein Intestaterbrecht gegen ihren Erzeuger abgesprochen haben. Trage ich nun allerdings auch Bedenken, mich der letzteren Ansicht anzuschließen, so glaube ich doch, daß man den Brautkindern die Rechte der ehelichen nur ihrem Erzeuger gegenüber beizulegen hat[39]). Damit aber sind dieselben von der Succession in das Fideicommißvermögen ausgeschlossen. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen wird man sie dagegen für successionsfähig halten müssen, da dieses denselben die Rechte der ehelichen Kinder beilegt[40]).

Daß in Betreff der ehelichen Kinder die Ebenbürtigkeit der Ehe, in welcher dieselben geboren, kein Requisit für die Successionsfähigkeit derselben ist, ergiebt sich daraus, daß von solcher außerhalb des Kreises des hohen Adels nicht die Rede sein kann. Wenn nichts desto weniger ältere[41]), wie neuere Schriftsteller[42]) dieses Requisit fordern, so beruht das eben auf einer Verwechselung der Familiengüter des hohen Adels mit den Familienfideicommissen[43]). Anders ist die Sache freilich nach Preußischem Landrecht. Da dieses nämlich zwischen „Mannspersonen von Adel" und „Weibspersonen aus dem Bauer- oder geringerem Bürgerstande" eine Ehe zur rechten Hand"[44]) nicht zuläßt; Kinder aber aus einer Ehe zur linken Hand nach demselben nicht in die Familie ihres Vaters treten[45]), so sind die aus einer, von solchen Personen geschlossenen Ehe geborenen Kinder nach dem Landrecht von der Succession in ein Familienfideicommiß ausgeschlossen.

Adoptivkinder haben keinen Anspruch auf Succession. Hiergegen spricht

---

[36]) Erkenntn. vom 18. October 1845 und vom 29. October 1845 bei Seuffert, Archiv VIII N. 65.

[37]) Erkenntn. des O. A. G. zu Kiel vom 19. Februar 1851 bei Seuffert, V N. 200.

[38]) Bei Buchka und Budde Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock II, 43.

[39]) Vgl. Glück, Lehre von der Intestaterbfolge (2. Aufl. Erlang. 1822) § 155.

[40]) B. G. B. § 1578: „Kinder, die von Personen, welche in einem gültigen Verlöbnisse stehen, mit einander erzeugt worden sind, haben die Rechte ehelicher Kinder. Dasselbe gilt von Kindern, welche vor dem Verlöbnisse erzeugt, aber noch während desselben geboren werden".

[41]) Knipschildt l. c. VIII n. 440 sq., wo freilich nur von morganatischer Ehe die Rede ist.

[42]) Eichhorn a. a. O. § 369 N. II. Gengler a. a. O.

[43]) Auf die Familiengüter, oder, wie er sie nennt, Familienfideicommisse des hohen Adels beschränkt auch Gerber a. a. O. § 274 das Erforderniß der Standesgleichheit der Eltern des Successors.

[44]) § 30 A. L. R. II, 1. [45]) § 558 A. L. R. II, 2.

die bei der Errichtung des Familienfideicommisses obwaltende Absicht des Stifters. Derselbe wollte seiner oder der Descendenz einer anderen, ihm aber nahestehenden, Person ein Vermögen zuwenden, um derselben die Möglichkeit zu gewähren standesgemäß zu leben. Immer bestehen zwischen ihm und den durch die Stiftung bedachten Personen bestimmte Beziehungen, denn das Wohlwollen, welches man gegen Jemanden hat, pflanzt sich ja naturgemäß auch auf dessen Kinder fort. Diese Beziehungen fehlen vollständig bei den Adoptivkindern eines Besitzers, und ohne daß der Stifter ausdrücklich nur die leiblichen Kinder zur Succession in das Familienfideicommiß berufen hat, ist doch seine Anordnung lediglich von diesen zu verstehen. Vermöge eines dem Besitzer zustehenden Rechts, durch das Mittel der Adoption einem Fremden das Familienfideicommiß zuzuwenden, würde geradezu die wesentlichste Eigenschaft dieses, die Unveräußerlichkeit indirect aufgehoben. Der Besitzer nämlich, welcher zu Gunsten einer bestimmten Person über das Familienfideicommiß disponiren wollte, brauchte zu diesem Zweck eben dieselbe nur zu adoptiren. Dadurch würde den wirklich noch vorhandenen Descendenten des ersten Erwerbers das Fideicommiß, je nachdem für dasselbe Individualsuccession besteht oder nicht, ganz oder zum Theil auf so lange entzogen, als Descendenten des Adoptivkindes vorhanden wären. Allerdings gewährt nach römischem Recht die Adoption, nach Justinianischem freilich nur die arrogatio und adoptio plena, dem Adoptirten in der Adoptivfamilie dieselben Agnatenrechte, wie wenn er durch die Geburt in die patria potestas des Adoptivvaters gekommen wäre, und mit ihnen zugleich, und soweit sie reichen, auch die cognatischen. Allein diese letzteren beruhen auf einer Fiction, wie sie auch sofort mit den agnatischen untergehen, sobald der Adoptirte aus der patria potestas entlassen wird. Weil es sich hier aber um eine Fiction handelt, so können mit derselben auch keine anderen Wirkungen verbunden werden, als die, welche die Rechtsquelle, der dieselbe ihre Entstehung verdankt, d. h. das römische Recht, mit derselben verknüpft. Diese Wirkung ist nun in vermögensrechtlicher Beziehung das gewöhnliche Intestaterbrecht, aber nicht die ihrem innersten Wesen nach auf der Blutsverwandtschaft beruhende Fideicommißsuccession.

Ueber die Ausschließung der Adoptivkinder von der Fideicommißsuccession besteht denn auch, so viel mir bekannt, unter den Juristen Uebereinstimmung[46]),

---

[46]) Knipschildt l. c. VIII n. 399—431. Leyser, meditationes ad pand. (vol. I) spec. 20 n. 3. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 N. 1. Eichhorn a. a. O. § 369 N. II. Salza a. a. O. S. 72. Beseler a. a. O. § 176 N. VIIa. Gerber a. a. O. § 274. Gengler a. a. O. Anm. zu § 202 N. 7. Anm. zu § 229B. Knipschildt statuirt anscheinend eine Ausnahme von der aufgestellten Regel, indem er (n. 432) bemerkt: Quod si tamen nobilis vel alia quaedam persona illustris liberos vel filios non habeat, vel alii agnati non supersint, qui familiam conservent, ipsum alium quendam adoptare et bona

so daß wir uns also, wenn auch die angegebenen Gründe nicht für stichhaltig befunden werden sollten, auf ein gemeines Juristenrecht stützen dürften.

Von Particularrechten haben den Grundsatz in gleicher Weise ausdrücklich anerkannt das Bayerische Landrecht[47]), das Sächsische Gesetzbuch[48]) und das Badische Landrecht (Art. 577 ct.). Indirect ist derselbe anerkannt durch das Preußische Landrecht, das Oesterreichische Gesetzbuch und das neuere Bayerische Recht. Die beiden ersteren Gesetzbücher beschränken nämlich die durch die Adoption begründete künstliche Verwandtschaft auf den Adoptirten und den Adoptivvater, und lassen keine Verbindung zwischen dem ersteren und der Familie des letzteren entstehen[49]). Steht aber der Adoptirte außerhalb der zum Fideicommiß berufenen Familie, so kann er auch nicht in dasselbe succediren. Für das heutige Bayerische Recht kommt in dieser Hinsicht in Betracht das Edict über den Adel vom 26. Mai 1818. Dieses bestimmt im § 2: „Durch Adoption — kann der Adel nur mit ausdrücklicher Königlicher Bewilligung übertragen werden, welche dann für eine neue Verleihung gilt. Soll — der Adoptirte den Besitz der adelichen Titel und Wappen der Familie desjenigen, von welchem er sein Recht ableitet, erlangen, so ist überdies die Einwilligung der Agnaten erforderlich". Hieraus geht hervor, daß der Adoptirte niemals in die Familie des Adoptivvaters, wenn dieser von Adel ist, aufgenommen wird, denn sonst könnte die zur Erlangung des Adels für jenen erforderliche

---

sua in ipsum transferre posse, ut nomen, arma et insignia sua pro perpetua familiae suae conservatione gerat adoptatus, non videtur habere dubium. Allein mag nun Knipschildt hier von einem Fideicommißbesitzer und Fideicommißgütern handeln (was in diesem Zusammenhang den einzigen Sinn hätte), oder von einer anderen Person, die ihre Allodialgüter zu dem angegebenen Zweck einem Adoptirten übergiebt, so liegt die Begründung eines neuen Fideicommisses für das Adoptivkind und dessen Descendenz vor, und die Berechtigung ergiebt sich in dem ersten angenommenen Falle für den Besitzer daraus, daß, da er der Letzte der Familie war, in seiner Hand die Fideicommißgüter zum Allod geworden.

[47]) Cod. Max. Bav. civ III C. 10 § 10: „In Fideicommisso Familiae kan regulariter jeder succediren, ausgenommen — 3tio. Adoptati, sofern sie nicht zugleich von der ad Fideicommissum beruffener Familie und in Ordine Proximi seynd". Die in dem Schlußsatz enthaltene nähere Bestimmung hätte füglich fortbleiben können, da es auch ohne dieselbe wohl schwerlich Jemandem eingefallen sein würde, der Vorschrift des Codex den Sinn unterzulegen, daß ein zur Succession berufenes Familienglied lediglich um deswillen von derselben auszuschließen sei, weil es von seinem Vorgänger adoptirt worden.

[48]) B. G. B. § 2527 (s. o. S. 333).

[49]) § 708 Pr. A. L. R. II, 2: „Uebrigens aber entsteht zwischen dem angenommenen Kind und der Familie des Annehmenden, durch die Adoption gar keine Verbindung". Oesterr. A. B. G. B. § 183: — „Auf die übrigen Mitglieder der Familie der Wahlältern hat das Verhältniß zwischen den Wahlältern und dem Wahlkinde keinen Einfluß".

königliche Verleihung nicht als eine neue angesehen werden. Daraus folgt weiter, daß selbst die mit Einwilligung der Agnaten erfolgte Verleihung der Titel und Wappen der Familie des Adoptivaters an den Adoptirten diese Folge nicht hat. Diese Einwilligung hat nicht die Bedeutung einer Aufnahme des Adoptirten in den Agnatenverband, sondern ist deshalb erforderlich, weil die Mitglieder einer Familie ein ausschließliches Recht auf Führung der derselben zustehenden Titel und Wappen haben[50]), diese also nicht auf einen Anderen ohne ihren Willen übertragen werden können. Dieser Umstand aber, daß das Adoptivkind niemals Mitglied der adeligen Familie des Adoptivvaters wird und somit auch nicht an den Vermögensrechten derselben Theil nehmen kann, macht sich bei allen bayerischen Familienfideicommissen geltend[51]), da solche nur bei adeligen Familien vorkommen können. Endlich läßt sich noch das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837 zu den Gesetzen rechnen, welche eine Bestimmung über die Ausschließung der Adoptivkinder enthalten. Denn da es die Grundsätze der Lehnsnachfolge für das Familienfideicommiß als maßgebend hinstellt[52]), so schließt es damit die Adoptivkinder von der Succession in dieses aus.

Von den ehelichen Descendenten des ersten Besitzers sind nun aber noch gewisse Classen von Personen aus bestimmten Gründen von der Succession ausgeschlossen.

Dies gilt zunächst von den Mönchen. Als Grund, weshalb diese nicht zur Succession zugelassen werden, und, wenn sie bereits sich im Besitz des Fideicommisses befinden, sofort bei Ablegung der professio religiosa, dasselbe an den nächstberechtigten Anwärter verlieren, wird von den älteren Juristen angegeben, daß eine Uebertragung der Güter an das Kloster, welche die nothwendige Folge davon wäre, daß das Fideicommiß dem Mönch nicht entzogen würde, dem Willen des Stifters zuwider sei[53]). Das ist richtig; doch kommt noch hinzu, daß der Mönch durch den Eintritt in den Orden gewissermaßen aus seiner Familie ausscheidet, somit also in ihm die wesentlichste Voraussetzung für den Besitz des Fideicommisses fortfällt. Anders verhält es sich jedoch beim katholischen Weltgeistlichen, und um so mehr beim protestantischen Geistlichen. Der einzige Grund, welchen man gegen die Succession des ersteren geltend machen könnte, ist die Unmöglichkeit die Familie fortzupflanzen. Allein, daß hierauf kein Gewicht zu legen, ergiebt sich schon daraus, daß sonst

---

[50]) Bayerisches Edict über den Adel § 89.

[51]) Auch Pözl, Bayerisches Staats-Verf.-Recht S. 98 ist für den Ausschluß der Adoptirten von der Succession in Familien-Fideicommisse.

[52]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23.

[53]) Fusarius l. c. qu. 313 n. 2. qu. 355 n. 2. Covarruvias, variae resolutiones I c. 19 n. 11. Knipschildt l. c. VIII n. 61—83. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 10 N. 1.

die Eingehung einer Ehe wesentliche Voraussetzung für den Erwerb eines Fideicommisses sein, und alle Hagestolzen von der Succession in solches ausgeschlossen werden müßten. So wenig aber der Cleriker von der Succession durch die minder berechtigten Anwärter ausgeschlossen wird, so wenig tritt bei einem Familienfideicommiß, das zu Gunsten eines Mannes (und dessen Descendenz) errichtet ist, der nach Errichtung, aber vor Erwerb des Fideicommisses in den geistlichen Stand tritt, der für den Fall des Nichterwerbs desselben von Seiten des zuerst Berufenen vom Stifter ernannte Substitut an jenes Stelle. Vielmehr gelangt dieser erst nach dem Tode des ersteren zur Succession. Dies wird denn von der Mehrzahl der Schriftsteller anerkannt[54]), und auch das Bayerische Landrecht läßt den Weltgeistlichen unbedingt zur Succession gelangen, während es den Mönch von derselben ausschließt[55]).

Ferner können nicht zur Nachfolge in das Familienfideicommiß kommen alle ehrlosen Personen und zwar deshalb nicht, weil ihre Zulassung zur Succession mit dem Zweck des Familienfideicommisses unvereinbar wäre. Der Zweck ist Erhaltung des Glanzes und Ansehens der Familie. Dieser kann aber unmöglich allein durch die vom Stifter gewährten Mittel, das Fideicommißvermögen, erreicht werden, wenn der Besitzer dieses Vermögens eine Person ist, welche sich nicht im Vollgenuß der bürgerlichen Ehrenrechte befindet. Auch das ist von den Juristen ohne Widerspruch anerkannt[56]) und particularrechtlich durch das Bayerische Landrecht sanctionirt, welches im Th. III C. 10 § 10 N. 4 von der Succession in Familienfideicommisse ausschließt „Ehrlose, ohne Unterschied inter Infamiam Iuris et Facti“.

Die älteren Schriftsteller lassen bei Familienfideicommissen auch die Frauen nicht zur Succession gelangen[57]), wobei jedoch die Verschiedenheit

---

[54]) Knipschildt l. c. n. 43—60, und die daselbst (namentlich n. 47) angeführten älteren Juristen. Oetting, de fideicommissis c. 3 § 16. Kreittmayr a. a. O.

[55]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 10: „In Fideicommisso Familiae kan regulariter jeder succediren, ausgenommen —: 1mo. Mönch und Religiosen nach abgelegter Ordens-Profession, ein anderes ist bey Welt-Geistlichen, wie auch Malteser- und teutschen Ordens-Rittern“.

[56]) Knipschildt l. c. n. 441—466. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 10 N. 1. Salza a. a. O. S. 76. Knipschildt nennt als Ausschließungsgrund noch gewisse geistliche Vergehen, die aber gewiß schon zu seiner Zeit nicht mehr bürgerliche Strafen zur Folge hatten, und somit auch nicht von der Succession ausschlossen, wie Apostasie und Häresie. Auch die Personen will Knipschildt nicht zur Succession gelangen lassen, welche Handwerke und niedere Gewerbe treiben (n. 469—472).

[57]) So Menochius, consilia cons. 95 n. 53. Alciat, consilia cons. 69 col. 1. Fusarius l. c. qu. 352 n. 11. Vultejus, consilia Marpurg. I cons. 23 n. 10. cons. 31 n. 13. III cons. 25 n. 3. Knipschildt l. c. VIII

unter denselben besteht, daß die einen sie unbedingt[58]) die anderen aber nur so lange ausschließen, als der Mannsstamm blüht, so daß dieselben also nach Abgang des letzteren zur Nachfolge kommen[59]). Die neueren Juristen haben diesen Grundsatz zum Theil für alle Familienfideicommisse adoptirt[60]), zum Theil ausdrücklich auf die adeligen Familienfideicommisse beschränkt, während sie bei den bürgerlichen Familien vollkommene Gleichheit beider Geschlechter statuiren[61]). Mittermaier meines Wissens allein verwirft denselben[62]).

Die weitläufigste Begründung hat die Ansicht, daß die Frauen von der Succession auszuschließen seien, bei Knipschildt gefunden[63]), welcher freilich auch die gegen dieselbe sprechenden Gründe angegeben hat[64]). Die einen, wie die anderen sind zum großen Theil sehr allgemeiner Natur. Bei den letzteren ist das Grundthema die Würde der Frauen, bei den ersteren die größere Vorzüglichkeit des männlichen Geschlechts. Der einzige wirkliche Grund

---

n. 127—238. Stryck l. c. VII c. 2 § 9. Cramer, Wetzlar. Nebenstunden Th. II N. 7 § 15. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 10 N. 3. Pütter, Rechtsfälle Th. I Bd. 2 S. 825. Bd. 3 S. 136. Beck, de licita maioratuum alienatione p. 3.

[58]) Diese Meinung wurde in der späteren Zeit als die magis recepta sententia, die auch bei dem Reichs-Kammergericht Eingang gefunden, bezeichnet; s. Lauterbach, collegium pandect. (p. II) l. 36 t. 1 § 25. Auch Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 10 N. 4. hält diese Ansicht für die einzig correcte und bemerkt gegen die entgegenstehende, so leicht man nach dieser präsumire, der Stifter habe feminas post masculos berufen wollen, eben so leicht präsumire man, daß derselbe, weil er von solcher Berufung gänzlich abstrahirt habe, der gewöhnlichen Successionsordnung ihren Lauf habe lassen wollen, da ohnehin in dubio angenommen werde, daß jeder sich dem ius commune et ordinarium mehr conformiren, als davon abweichen wolle.

[59]) Diese Ansicht wird u. A. vertreten von Knipschildt (l. c. VIII n. 265—278), Stryck (l. c. VII c. 2 § 14 sq.) und in einem Hallenser Gutachten bei Cramer, de successione agnatorum prae feminis et successione feminarum in bonis fideicommisso familiae agnatico affectis (opusc. I n. 11) c. 2 § 1 sqq.

[60]) Runde, deutsches Privatrecht § 692 f. Hillebrand, Lehrbuch § 206. Beseler, System § 176 N. IV.

[61]) Eichhorn, a. a. O. § 369 N. II. Salza, a. a. O. S. 68 f. und S. 105. Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (3. Aufl. Berl. 1846) § 186 f. Wilda, in der Zeitschrift für deutsches Recht XII S. 192. Gerber, System § 274 und Jahrbücher für die Dogmatik I S. 94. Walter, System § 472 am Anf. Gengler, a. a. O. Anm. zu § 229 B. — Auch die älteren Schriftsteller haben freilich regelmäßig, und so gleichfalls bei der vorliegenden Materie nur fideicommissa familiarum nobilium vor Augen, so namentlich Knipschildt.

[62]) Grundsätze II § 449 N. IV.

[63]) L. c. VIII n. 128—135. n. 173—238. [64]) L. c. VIII n. 138—172.

welchen Knipschildt für die Ausschließung der Frauen geltend macht, und den auch andere ältere Schriftsteller adoptirt haben, ist der, daß durch Männer allein, und nicht auch durch Frauen die Familie erhalten würde, indem die letzteren durch die Verheirathung in eine fremde Familie übergingen. Habe der Stifter daher eine Anordnung zum Vortheil der Agnaten getroffen, so könne sich jene nothwendiger Weise nur auf die männlichen Mitglieder der Familie beziehen[65]). Er macht hierbei auch auf den in Deutschland üblichen und vom römischen Recht abweichenden Sprachgebrauch aufmerksam, wonach der Ausdruck „Agnat" gewissermaßen als Uebersetzung der altgermanischen Bezeichnung „ebenbürtiger Schwertmagen" erscheint, und somit selbst die filia familias nicht mehr zu den Agnaten gehört, sondern Cognatin ist[66]). Auf diesen Grund allein recurriren daher auch die späteren Schriftsteller.

Dieses Argument muß man in der That für entscheidend halten, wenn man sich die bei der Errichtung eines Familienfideicommisses obwaltende Absicht des Stifters vergegenwärtigt. Derselbe bestimmt ein Vermögen oder gewisse Vermögensobjecte für die Erhaltung des Glanzes einer Familie. Unter Familie versteht man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch dasselbe, wie Verwandtschaft; sie ist der Inbegriff sämmtlicher Blutsverwandten. Aber die Familie in diesem Sinne ist nichts, was sich, wenn ich so sagen darf, äußerlich als ein Ganzes, als eine Einheit darstellt. Und doch muß die Familie als etwas derartiges erscheinen, wenn es sich darum handelt, daß der Glanz und das Ansehen derselben durch bestimmte Einrichtungen erhalten und erhöht werde. Als eine solche Einheit (wohl beachtet nicht schon als juristische Einheit, als juristische Person) stellt sich in der That die agnatische Familie, der Inbegriff der männlichen Verwandten dar, welche durch Männer von dem gemeinschaftlichen Stammvater abstammen. Das äußere Erkennungszeichen dieser Einheit ist der Familienname. Auf die agnatische Familie allein kann sich daher in Ermangelung einer besonderen Erklärung des Stifters über diesen Punkt die Anordnung eines Familienfideicommisses beziehen. Hierbei habe ich keinen Unterschied zwischen einem für eine adelige und für eine nichtadelige Familie errichteten Fideicommiß gemacht. Und ich bin auch in der That der Ansicht, daß man zwischen beiden gar nicht unterscheiden darf. Bei der adeligen Familie kommt allerdings der Punkt in Betracht, daß sie nach der geschichtlichen Ausbildung, welche das Adelsrecht erhalten hat, lediglich als im Mannsstamm sich darstellend betrachtet wird. Und so versteht es sich bei dieser ganz von selbst, daß ein für die Familie gestiftetes Fideicommiß eben

---

[65]) L. c. VIII n. 128—134.

[66]) L. c. n. 135: Licet femina ex masculo descendens agnata sit, si tamen tractatur de familia conservanda, vel etiam ut cognati ab agnatis ratione agnationis conservandae statuto aut consuetudine repellantur, nequaquam feminam, quamvis ex masculo descendat, agnatam censeri, vulgo statuitur.

als für die im Mannsstamm sich darstellende Familie errichtet zu betrachten ist. Bei einer nichtadeligen Familie ist allerdings die betrachtete Auffassung an sich nicht maßgebend, sie fällt daher lediglich unter den bereits erwähnten heutigen civilrechtlichen Begriff. Allein wenn für eine nichtadelige Familie ein Institut zur Anwendung gebracht ist, dessen Wesen und Zweck in der Erhaltung des Mannsstamms besteht, so ist zu sagen, daß dasselbe auch für eine solche in eben dieser Bedeutung maßgebend ist, da sonst gar nicht von einer Anwendung des Instituts in seiner wahren Gestalt, sondern nur in einer modificirten, die Rede sein könnte. Dem kann man auch nicht entgegensetzen, daß die älteren Juristen, wenn sie von der Ausschließung der Frauen von der Succession in Familienfideicommisse sprechen, immer nur die fideicommissa familiarum nobilium im Auge haben; denn diese ziehen sie, als die zu ihrer Zeit einzig practischen, überhaupt allein in Betracht, und man muß es lediglich ihrem Streben nach Vollständigkeit zuschreiben, wenn sie gelegentlich bemerken, daß auch für nichtadelige Familien Fideicommisse errichtet werden dürften. Da sie dies aber thun, und es doch nicht für nothwendig halten, über ein für eine nichtadelige Familie möglicher Weise errichtetes Fideicommiß besondere Grundsätze aufzustellen, so ist daraus der Schluß zu ziehen, daß sie ein solches auch durchaus nach den für die Familienfideicommisse des Adels geltenden Grundsätzen beurtheilt wissen wollten, um so mehr, als auch für die von personae ignobiles ausgehende und für solche geschehene Stiftung von Familienfideicommissen als leitender Beweggrund angegeben wird das Streben, den honor und das augmentum sui status, familiae et agnationis zu fördern[67]). Eben so wenig ist Gewicht zu legen auf die Bestimmung der L. ult. C. De V. S. (6, 38)[68]), weil diese über den Kreis der unentwickelten römischen Familienfideicommisse hinaus nicht maßgebend sein kann.

Von den neueren Schriftstellern, welche die gleiche Behandlung der für adelige und nichtadelige Familien errichteten Fideicommisse in dieser Beziehung leugnen, hat eine Begründung dafür Wilda[69]) zu geben versucht. Er stellt in Abrede, daß bei dem zum Besten einer bürgerlichen Familie errichteten Fideicommiß die Erhaltung des Glanzes der Familie in dem Sinne, den man damit bei dem Adel verbinde, unterstellt und bei der Erklärung der

---

[67]) Knipschildt l. c. III n. 32. [68]) S. o. S. 3.

[69]) A. a. O. S. 192. Der Ausführung von Wilda schließt sich ein Erkenntniß des Berliner Ober-Tribunals vom 26. Juni 1854 (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. XXVIII S. 344 f.; auch mitgetheilt bei Seuffert X N. 71) an. Auf die hier gemachte Bemerkung, es könne kein Schriftsteller des gemeinen deutschen Rechts namhaft gemacht werden, der ausdrücklich gelehrt hätte, daß jene Ausschließung der Frauen durch den Mannsstamm bei bürgerlichen Familienfideicommissen zu präsumiren sei, ist, was die Tragweite dieses Schweigens der älteren Juristen auf die vorliegende Frage betrifft, die Erwiederung schon im Text gegeben.

Stiftungsurkunde zu Grunde gelegt werden dürfe, und zwar deshalb, weil „darin ein Heraustreten aus dem Kreise der Lebenseinrichtungen und selbst der sittlichen Anschauungen liegen" würde, „wie sie beim Bürgerstande zu herrschen" pflegten. Hat nun Wilda hiermit sagen wollen, daß der Familiensinn, in der Bedeutung, den man bei dem Adel damit verbindet, wonach derselbe in einer Zurücksetzung der Interessen des Einzelnen gegen die der Familie besteht, dem Bürgerstande fremd sei, so hätte er consequenter Weise mit den Anschauungen dieses auch ein Institut überhaupt für unverträglich erklären müssen, welches eben dem angegebenen und näher bezeichneten Familiensinne seine Entstehung verdankt und darauf beruht. Da er dies aber nicht thut, so ist es durchaus willkürlich dieses Institut bei dem Bürgerstande dahin zu modificiren, daß es sich gleichsam als ein den Mitgliedern der bedachten Familie durch die Disposition des Stifters eingeräumtes Beispruchsrecht darstellt. Daß nämlich das von Wilda angenommene angebliche bürgerliche Familienfideicommiß in der That weiter nichts, als ein derartiges Recht der Anwärter wäre, ergiebt sich m. E. mit Nothwendigkeit aus dem, was er über das eigentliche Wesen eines solchen angiebt. Er ist nämlich der Ansicht, daß dabei dem Gründer „das Erbgüterrecht", „nach welchem das ererbte Vermögen ohne Unterschied des Geschlechts auf alle Nachkommen übergehen soll, vorgeschwebt habe". Setzen wir uns nun aber über die Willkürlichkeit dieser Auffassung, wonach mit jeder für eine bürgerliche Familie errichteten Fideicommißstiftung der Sinn verbunden wird, daß der Disponirende die Güter, auf die sich seine Anordnung bezieht, nicht habe zu einem Familienfideicommiß widmen, sondern ihnen nur die Qualität von Erbgütern geben wollen, so fragt es sich doch, ob eine derartige Auffassung überhaupt möglich ist. Und das ist unbedingt zu verneinen. Das Institut der Erbgüter ist heutzutage kein gemeinrechtliches Institut, es kann nur da anerkannt werden, wo es im Particularrecht begründet ist, es kann namentlich nicht durch Privatdisposition in's Leben gerufen werden. Entweder ist also ein bürgerliches Familienfideicommiß dem adeligen ganz gleich, oder es ist ein solches überhaupt nicht möglich[70]).

Daß bei der Entscheidung der vorliegenden Frage der Umstand jedes Gewichts entbehrt, ob das Fideicommiß von einem Manne oder von einer Frau begründet ist, wie das von den älteren Juristen noch besonders hervorgehoben wird[71]), liegt auf der Hand.

---

[70]) Auf die Ansicht von Dalwigk (Erbrecht III S. 155 f.), wonach die Familienfideicommisse des Bürgerstandes nach dem römischen Recht zu beurtheilen seien, was ebenfalls zu dem Resultat führen würde, den Frauen ein gleiches Successionsrecht mit den Männern zu gewähren, brauchen wir nicht weiter einzugehen, da wir gar nicht zwei verschiedene Arten des Familienfideicommisses, ein deutschrechtliches und ein römischrechtliches haben.

[71]) Knipschildt l. c. VIII n. 255—260. Stryck l. c. VII c. 2 § 13.

Wegen des für die Ausschließung angeführten Grundes müssen die Frauen aber unbedingt zur Succession für unfähig gehalten werden und nicht nur für die Zeit, während welcher männliche Familienglieder vorhanden sind[72]).

Die Particularrechte haben, so weit sie auf diesen Punkt eingehen, bis auf eins als Princip die Ausschließung der Frauen von der Succession aufgestellt, und von diesen läßt wieder nur ein einziges eine Ausnahme hiervon für den Fall des Aussterbens des Mannsstamms zu.

Ganz schließt die Frauen aus das Bayerische Landrecht, welches im Th. III C. 10 § 10 N. 5 für nicht successionsfähig erklärt: „Weibs-Personen samt ihrer männ- und weiblicher Descendenz, ohngeacht das Fideicommiss von einer Weibs-Person gemacht ist“. Man könnte die Behauptung aufstellen wollen, daß das Landrecht von dieser Regel die bereits angegebene Ausnahme zulasse. Es bestimmt dasselbe nämlich weiter: „Doch leidet diese Regul — einen Abfall — nach Abgang des Manns-Stammens, welchenfalls jedoch die vorhin schon einmal excludirte Weibs-Personen weder für sich, noch ihre Erben und Descendenten mehr zur Succession gelassen werden, ausser soweit sie — ohnedem die nächsten Erbinnen von dem letztgewesten männlichen Fideicommiss-Besitzer — seynd“. Dieser Satz giebt der Annahme Raum, daß nach dem Aussterben des Mannsstamms die weiblichen Verwandten zur Succession in das Fideicommiß, als solches, gelangen, und diese Annahme würde auch noch keineswegs widerlegt durch die Anordnung des Gesetzbuchs, daß bei dieser Succession nicht entscheidend sein solle die Nähe der Verwandtschaft zum ersten Erwerber, sondern zum letzten Besitzer des Fideicommisses, indem eine derartige Bestimmung sich sehr wohl mit einer wirklichen Fideicommißsuccession vereinigen läßt. Daß aber eine derartige Ansicht dennoch unrichtig ist, geht aus dem hervor, was der competenteste Interpret des Bayerischen Landrechts zu der in Rede stehenden Vorschrift desselben bemerkt. Kreittmayr[73]) sagt nämlich: „Frauen succediren demnach in den gewöhnlichen Fällen post ultimum masculum nur soweit, als sie etwa ohnehin schon ex testamento oder ab intestato die nächsten Erben desselben sind, jedoch iure ordinario et communi, nicht iure fideicommissi et tacitae substitutionis“. Danach ist also der Sinn der in Rede stehenden Bestimmung der sich von selbst verstehende Satz: ein Erwerb der zu einem Familienfideicommisse gehörigen Güter durch Frauen ist dann möglich, wenn dieselben in der Hand des letzten Besitzers zum Allod geworden sind. Daß diese Auslegung mit dem Wortlaut des Gesetzes, welches von einer Succession in das Familienfideicommiß spricht, nicht geradezu im Widerspruch steht, geht daraus hervor, daß dasselbe auch den Satz aufstellt, die Regel, daß Frauen in ein Familienfideicommiß nicht succediren könnten,

---

72) Gengler (a. a. O.) will freilich die Cognaten eventuell nach dem Wegfall der Agnaten zur Nachfolge in das Fideicommiß zulassen.

73) A. a. O. III C. 10 § 10 N. 4.

erleide eine Ausnahme „in Fructibus et Meliorationibus, welche nicht zur Fideicommiss- sondern zur Allodial-Verlassenschaft gehören", wobei es doch Niemandem einfallen wird, an eine Fideicommißfolge zu denken. Dieses Recht ist durch die Bestimmungen des Edicts über die Familienfideicommisse nicht abgeändert. Indem dasselbe nämlich (im § 87) anordnet, daß bei den neu zu errichtenden Fideicommissen als Successionsordnung nur die Primogenitur eingeführt werden dürfe, bestimmt es zugleich, daß „die weibliche Nachkommenschaft, so lange noch männliche Nachkommen vorhanden sind, von der Succession ausgeschlossen bleibt". Dadurch, daß scheinbar eine Zeitdauer für diese Ausschließung gesetzt ist, soll den Frauen keineswegs das Anrecht auf eine Fideicommißfolge nach dem Abgange des Mannsstamms eingeräumt werden; vielmehr ist diesem Satz lediglich dieselbe Bedeutung beizulegen, welche die betrachtete gleiche Bestimmung des Codex Maximilianeus hat. Das geht hervor aus der Vorschrift des § 89: „Hat der Stifter des Fideicommisses nur erklärt, daß das Fideicommiß nach Erlöschung des Manns-Stammes an die weibliche Nachkommenschaft fallen soll, so ist diese Disposition als eine fideicommissarische Substitution gültig, und hat die Wirkung, daß das Fideicommiß vom letzten Besitzer mit Allodial-Eigenschaft an die weiblichen Nachkommen nach der Erbfolge-Ordnung übergeht, welche in den Civil-Gesetzen bestimmt ist."

Ebenso schließt das Preußische Landrecht die Frauen unbedingt von der Succession, und zwar nicht nur so lange der Mannsstamm blüht, sondern auch (in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung des Stifters) nach dem Abgange desselben aus [74]).

Dasselbe ist vom Badischen Landrecht zu sagen. Dieses bestimmt im § 577ck: „Stammgut kann nie auf weibliche Nachkommen des ersten Stammhauptes fallen, so lang noch männliche leibliche und eheliche Nachkommenschaft vorhanden ist. Wäre unter Gütern, die bisher für Stammgut gehalten worden, und in einigen Stücken etwa auch Stammgutsrecht genossen, solches, bei welchem weiblich und männlich Geschlecht zugleich in das Erbe getreten ist, so kann es Stammgutserbrecht nicht genießen". Auch hier zeigt der zweite Satz, daß durch den ersten die weibliche Descendenz nicht nach dem Aussterben des Mannsstamms zur Succession in das Stammgut, als solches, gelassen ist. Denn wenn schon von Stammgütern alsdann nicht die Rede sein kann, wenn Frauen mit den Männern zugleich zur Erbschaft gelangen, so müssen solche Güter um so mehr ihren Charakter verlieren, wenn sie ausschließlich Frauen zufallen. Die Frauen succediren daher in diese Güter als Allodialgüter.

Auch das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch stellt als Regel, d. h. überall,

---

[74]) § 189 A. L. R. II, 4: „Wenn die gesammte männliche Descendenz eines Fideicommiß-Stifters erlöscht, und derselbe zum Besten seiner weiblichen Nachkommen nichts verordnet hat: so wird das Fideicommiß in den Händen des letzten männlichen Descendenten freies eigenthümliches Vermögen".

wo der Stifter nicht das Entgegengesetzte angeordnet, die Ausschließung der Frauen von der Fideicommißfolge auf [75]).

Das Hannöversche. Gesetz vom 13. April 1836 versteht unter den von ihm eingeführten Majoraten oder Fideicommissen immerwährende Familien-Fideicommisse „mit Succession nach Ordnung der Primogenitur und mit Vorzug des Mannsstamms" [76]). Daß aber dieses Gesetz die Frauen bei der Succession in ein Familienfideicommiß nicht nur durch die männlichen Familienglieder, sondern überhaupt ausgeschlossen wissen wollte, geht aus einer anderen Bestimmung desselben Gesetzes hervor. Im § 31 heißt es nämlich: „Auch bei Kunkellehnen steht es dem Stifter frei, ein Majorat nach Ordnung der Primogenitur zu Gunsten des Mannsstammes, selbst in der Seitenlinie, mit Ausschluß der weiblichen Nachkommenschaft so lange der Mannsstamm besteht zu stiften, oder auch in Ermangelung des Mannsstammes, zum Besten der erstgebornen Tochter des jedesmaligen letzten Besitzers ein solches Majorat zu errichten". Denn wenn hier der Möglichkeit gedacht ist, der Tochter des letzten Besitzers und deren Descendenz durch ausdrückliche Anordnung die Nachfolge in ein Fideicommiß zu gewähren, so folgt daraus, daß diese in Ermangelung einer solchen den weiblichen Verwandten nicht zusteht.

Endlich bestimmt auch das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 (Art. 26), daß in Ermangelung einer Bestimmung des Stifters in das Fideicommiß succediren die „männlichen Nachkommen des Stifters, beziehungsweise des zunächst zum Fideicommiß Berufenen".

Dagegen lassen die beiden Braunschweigischen Gesetze über die Errichtung von Familien-Stammgütern von 28. März 1837 und vom 20. Mai 1858 die Frauen von der Nachfolge in das Fideicommiß nur ausgeschlossen werden durch die männlichen (natürlich auch entfernteren) Verwandten, nach deren Aussterben aber dieselben zur Succession gelangen [77]).

---

[75]) A. L. R. § 626: „Die weibliche Nachkommenschaft hat in der Regel keinen Anspruch auf Fideicommisse. Hat aber der Stifter ausdrücklich verordnet, daß nach Erlöschung des Mannsstamms das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen soll, so geschieht dieses nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung".

[76]) Hannöversches Gesetz vom 13. April 1836 § 29. Daß diese an sich nur für Lehngüter gegebene Bestimmung auch auf Allodialgüter, wenn diese zu Familienfideicommissen bestimmt werden, Anwendung findet, zeigt § 39.

[77]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23: — „Bei Mannlehnen geht nach dem Erlöschen des Mannsstammes die Nachfolge auf die weibliche Linie über, und zwar auf diejenige Person, welche dem letzten Inhaber des Stammgutes dem Grade nach die nächste ist, in der weiblichen Linie tritt sodann wieder der Vorzug des Mannsstammes ein". Ges. vom 20. Mai 1858 § 6 N. 2 u. 3: „Das Familien-Stammgut wird im Mannsstamme nach Ordnung der Primogenitur — vererbt. — Nach dem Erlöschen des Mannsstammes in der Descendenz des Stifters und in

Noch weiter geht das Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Indem dasselbe vorschreibt, daß, wenn der Stifter bei Errichtung eines Familienfideicommisses „die Erbfolge nicht bestimmt", alle zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Verwandten der bestimmten Familie" berufen seien[78]), so macht dasselbe hinsichtlich der Successionsfähigkeit zwischen männlichen und weiblichen Verwandten gar keinen Unterschied.

Auch diese Uebereinstimmung der überwiegenden Zahl der Particularrechte läßt sich für die Richtigkeit der im Text für das gemeine Recht aufgestellten Ansicht geltend machen, namentlich auch für die Unstatthaftigkeit einer Unterscheidung zwischen bürgerlichen und adeligen Fideicommissen, denn keins der aufgezählten Particularrechte stellt zwei verschiedene Arten von Familienfideicommissen auf; das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse handelt allerdings nur von adeligen, aber aus dem einfachen Grunde, weil heutzutage in Bayern nur solche überhaupt zugelassen werden.

Sind nun nach dem oben Erörterten die weiblichen Descendenten des ersten Fideicommißbesitzers von der Succession für ausgeschlossen zu halten,

---

der Descendenz der in der ersten Stiftung zugleich mit begriffen gewesenen Personen, geht die Nachfolge auf die weibliche Linie und zwar auf diejenige Person, welche dem letzten Inhaber bei Anwendung der Primogenitur-Ordnung auf die weibliche Descendenz am nächsten steht, und die fernere Vererbung des Stammguts erfolgt ebenfalls nach den Grundsätzen der Primogenitur, wobei jedoch alsdann zugleich der Vorzug der Männer vor den Weibern, sowie überhaupt die durch dieses Gesetz vorgeschriebene Stammgutserbfolge — wiederum eintritt".

[78]) B. G. B. § 2527. — Für das ältere sächsische Recht leugnet Steinacker (de iure fideicommissorum familiae secundum leges Saxonicas I p. 18 sq.) nicht nur die Ausschließung der Frauen von der Succession, sondern auch die unbedingte Prärogative des Mannsstamms, indem er geltend macht, daß nach L. ult. C. De V. S. unter dem Begriff der Familie alle propinqui, ohne irgend welchen Einfluß des Geschlechts begriffen würden. Es sei lediglich quaestio facti, ob im speciellen Fall die Söhne den Töchtern vorgezogen werden sollten. In dieser Hinsicht bemerkt er: Quodsi nihil ex verbis, quibus testator usus est, elici potest, ex ratione temporis, quo vixit, ex vero vel saltem probabili eius consilio personaeque eius ac fortunarum conditione coniectura voluntatis ducenda erit. Den in dieser Hinsicht von neueren Juristen für das gemeine Recht statuirten (bereits oben im Text berührten) Unterschied zwischen bürgerlichen und adeligen Familienfideicommissen leugnet Steinacker für das sächsische Recht, und bemerkt mit Rücksicht hierauf bezüglich der Entscheidung des einzelnen Falls und der nach ihm hierfür erforderlichen Erforschung des Willens des Stifters: Nobilitatis itaque ad hanc coniecturam aliquod momentum esse non nego, sed nego a sola auctoris nobilitate de sexu muliebri postponendo conclusionem fieri debere. Da Steinacker sich auf besondere sächsische Rechtsnormen nicht berufen hat, so muß auch für das in Sachsen in älterer Zeit herrschende Recht der Familienfideicommisse das im Text gefundene Resultat für maßgebend gehalten werden.

so gilt dies in noch höherem Maße von den, auch männlichen Abkömmlingen derselben, da diese gar nicht zur Familie ihrer Mutter und somit auch nicht des ersten Besitzers, sondern zu der ihres Vaters gehören, welche mit dem Stiftungszweck in keiner Beziehung steht. Dieser Satz ist auch von den Juristen, welche die Ausschließung der Frauen von der Nachfolge vertreten, ausgesprochen[79]), und durch einige Particularrechte anerkannt worden[80]).

Die bisher über die Successionsfähigkeit aufgestellten Regeln gehören zum großen Theil dem vermittelnden Recht an und können daher durch Privatwillkür, d. h. durch Anordnung des Stifters im einzelnen Falle abgeändert werden[81]). Die Grenze, welche hierbei dem Stifter gesteckt, ist wieder durch das Wesen des Instituts bedingt. Daraus ergiebt sich, daß derselbe nicht Personen für successionsfähig erklären darf, welche das Ansehen der Familie geradezu vernichten würden, also alle die, welche sich nicht im Vollgenuß der bürgerlichen Ehrenrechte befinden. Aus demselben Grunde dürfte man wohl eine vollständige Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen gleichfalls für unzulässig halten, wogegen der Anordnung, daß in Ermangelung ehelicher Descendenten des ersten, ja vielleicht auch des letzten Besitzers, die unehelichen Kinder eben dieses zur Succession gelangen sollten, nichts im Wege stehen dürfte. Demgemäß hat auch die Bestimmung des Stifters, wodurch er die cognatischen Verwandten gleichfalls zur Fideicommißfolge beruft, die volle Wirkung. Eine solche Bestimmung kann verschieden gefaßt sein. Die Cognaten können mit den Agnaten zugleich zur Succession gelangen sollen, und zwar hier wieder so, daß der Unterschied zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht, zwischen agnatischer und cognatischer Abstammung gar keinen Einfluß auf die Erbfolge hat, vielmehr dabei nur auf die Nähe des Grades gesehen wird, oder so, daß unter gleich nahen Verwandten dem männlichen Geschlecht

---

79) Grassus, receptae sententiae § fideicommissum qu. 15 n. 2. Fusarius l. c. qu. 404 n. 1 sqq. Knipschildt l. c. VIII n. 239—254. Stryck l. c. VII c. 2 § 10. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 10 N. 2. Beseler a. a. O. § 176 N. IV. Hillebrand a. a. O. § 206. Eichhorn a. a. O § 369 N. II. Salza a. a. O. S. 68 f. S. 105. Gerber a. a. O. § 274 Walter a. a. O. § 472; welche vier letzteren Schriftsteller freilich diese Ansicht ebenfalls nur für die adeligen Familienfideicommisse aussprechen.

80) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 10 N. 5. Bayer. Edict über die Familien-Fideicommisse §§ 87. 89. 90. §§ 189. 190. 191. Pr. A. L. R. II, 4. Oesterr. A. B. G. B. § 626. Hannöv. Ges. vom 13. April 1836 §§ 29. 31. Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23. vom 20. Mai 1858 § 6.

81) Diese Befugniß des Stifters wird ausdrücklich vorausgesetzt im großherzoglich Hessischen Gesetz vom 13. September 1858 Art. 26 (s. o. S. 332 Note 21) und im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch § 2527, wo eine gesetzliche Vorschrift für die Succession nur unter der Voraussetzung gegeben wird, daß der Erblasser „die Erbfolge nicht bestimmt" hat.

und der agnatischen Abstammung der Vorzug eingeräumt wird, dagegen die nähere weibliche Verwandte und der nähere Cognat den entfernteren Agnaten ausschließt. Es kann der Stifter aber auch vorgeschrieben haben, daß die weibliche Nachkommenschaft durch die männliche gänzlich ausgeschlossen sein, nach dem Aussterben dieser aber zur Succession gelangen soll. Eine derartige Befugniß des Stifters setzen mehrere Schriftsteller ausdrücklich voraus[82]), aber auch nach den anderen ist die Annahme einer solchen unbedenklich. Auch einige Particularrechte haben dieselbe noch besonders anerkannt[83]). Ein solches Familienfideicommiß, bei welchem durch den Stifter die Frauen zugleich mit den Männern berufen sind, nannte die ältere Jurisprudenz ein fideicommissum cognaticum[84]), doch betrachtet Kreittmayr dasselbe als ein irregulare.

Ob nun der Stifter derartige Abweichungen beliebt hat, darüber entscheidet lediglich die Stiftungsurkunde. Eine Aeußerung des Stifters, sei es eine directe oder indirecte, aus der man mit Nothwendigkeit einen Schluß auf diese seine Absicht ziehen muß, ist unbedingt erforderlich. Es ist nicht zulässig, einen solchen Willen desselben zu folgern aus seiner Persönlichkeit und den Umständen, unter denen die Errichtung des Fideicommisses erfolgte. Es ist ganz verkehrt, daraus, daß die Stiftung von einer Person des Adelsstandes ausging, auf Einführung ausschließlich agnatischer Succession, wie umgekehrt daraus, daß sie von einer Frau erfolgte, auf Zulassung der weiblichen Nachkommenschaft zur Nachfolge zu schließen.

Aber nicht nur hinsichtlich der Bestimmungeu über die Successionsfähigkeit der vom ersten Erwerber des Fideicommisses abstammenden Familienglieder sind dem Stifter Abweichungen vom gemeinen Recht ge-

---

[82]) Fusarius l. c. qu. 379 n. 5 sq. n. 21. n. 29. n. 52. Ruprecht, de fideicommisso familiae cognatico (Marb. 1739) § 17. Kreittmayer a. a. O. III C. 10 § 10 N. 3. Dalwigk, Erbrecht III S. 57 f.

[83]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 10 N. 5, wo es in Betreff der Ausschließung der Frauen von der Succession heißt: „Doch leidet diese Regul fürs Erste soweit einen Abfall, als die Weibs-Personen von Fideicommittente zum Fideicommiss ausdrücklich beruffen seynd". Hiernach ist also der Stifter bei Anordnung der weiblichen Succession keinerlei Beschränkungen unterworfen. Andere Gesetze lassen eine solche Anordnung allerdings auch zu, aber erst für den Fall, daß der Mannsstamm ausgestorben. So das Preußische Landrecht, welches im Hinblick auf diesen Fall im § 190 II, 4 vorschreibt: „Hat aber der Stifter auch die weibliche Descendenz zum Fideicommiß berufen, und für dieselbe eine Successions-Ordnung bestimmt: so muß dieselbe genau beobachtet werden". Vgl. § 191. Ebenso das Oesterreichische Gesetzbuch § 626 (s. o. Note 75) und das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse § 90: „Hat aber der Stifter die weibliche Descendenz nach Abgang des Manns-Stammes zum Fideicommiß mit fortdauerndem fideicommissarischem Verbande berufen, so bleibt es auch unter den weiblichen Abkömmlingen bey der Lineal- und Erstgeburtsfolge".

[84]) So Ruprecht in der angeführten Schrift und Kreittmayr a. a. O.

stattet, sondern auch in Betreff der Berufung der Fideicommißsuccessoren überhaupt. Wir gingen von der Voraussetzung aus, daß ein Familienfideicommiß gestiftet werde für die Descendenz einer bestimmten Person, und zwar nur für diese. Der Stifter kann aber auch anordnen, daß nach dem Aussterben der Descendenz des ersten Besitzers das Fideicommiß an die Agnaten, allenfalls auch Ascendenten[85]) desselben fallen soll. Er kann ferner der zuerst berufenen Familie für den gleichen Fall eine andere substituiren, welche das Fideicommiß unter denselben Bedingungen, wie die erstere erhält. Ein ähnliches Resultat kann er auch dadurch herbeiführen, daß er dem letzten Besitzer die Pflicht auferlegt eine Person zu wählen, auf welche das Fideicommiß übertragen, und in deren Familie dieses in derselben Weise wie in der zuerst berufenen vererbt wird. Diese Wahl kann dem letzten Besitzer ganz frei gestellt, es kann aber auch eine bestimmte Categorie von Personen genannt sein, aus welcher dieselbe zu erfolgen hat. Der Stifter kann diese Wahl in indirecter Weise der Tochter oder sonstigen Descendentin des letzten Besitzers übertragen, indem er bestimmt,

[85]) Ohne eine solche ausdrückliche Berufung werden wir den Ascendenten und Agnaten des ersten Erwerbers kein Successionsrecht zusprechen dürfen, wie dies auch von Maurenbrecher (a. a. O. § 572) und Walter (a. a. O. § 472) angenommen wird. Stryck (l. c. VII c. 2 § 45—47), Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 8 N. 5) und Gerber (a. a. O. § 274 Note 1) sind allerdings entgegengesetzter Ansicht, indem sie geltend machen, daß man sich hinsichtlich dieses Punktes nicht auf die Analogie des Lehnrechts stützen dürfe. Dies Letztere gebe ich zu, allein ein Herbeiziehen des Lehnrechts ist hier gar nicht erforderlich, vielmehr entscheidet der Sprachgebrauch. In der Redewendung: „Familie eines Menschen", erscheint dieser als Haupt der Familie, die Familie als von ihm abstammend, d. h. als seine Descendenz. Etwas anderes kann der Stifter unmöglich haben bezeichnen wollen. Hätte er das Fideicommiß auch den Agnaten des zuerst Berufenen zuwenden wollen, so wäre gar nicht abzusehen, weshalb er als Haupt der Familie nicht den ihnen gemeinschaftlichen Stammvater genannt hätte, indem es ihm dabei ja immer freistand, durch den von ihm eingeführten Successionsmodus einem von mehreren Descendenten desselben das Fideicommiß zuzuwenden. Daß bei dem Familienfideicommiß in Ermangelung einer vom Stifter besonders angeordneten Successionsordnung, die gewöhnliche des gemeinen Civilrechts zur Anwendung kommt, hiernach aber nicht nur Descendenten sondern auch Ascendenten und Collateralen successionsfähig sind, kann kein anderes Resultat herbeiführen, denn diese gemeinrechtliche Erbfolgeordnung kann doch nur für die maßgebend sein, welche überhaupt zur Succession berufen sind. Stryck (l. c. § 48) läßt, wenn auch Ascendenten und Collateralen nicht vorhanden sind, gestützt auf L. ult. C. De V. S. den gener und die nurus zur Succession zu. Daß diese Ansicht für die heutigen Familienfideicommisse irrig, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Die L. ult. cit. ist, wie schon hervorgehoben, für das Successionsrecht der modernen Familienfideicommisse nicht mehr maßgebend. In seinem Anschluß an die Quellen geht Stryck in scherzhafter Consequenz so weit, daß er zum Schluß das Fideicommiß an die Liberten kommen läßt.

daß das Fideicommiß, für welches agnatische Succession vorgeschrieben ist, nach dem Erlöschen des Mannsstamms übergehen soll auf den Ehemann der Tochter (resp. Enkelin) des letzten Besitzers, welcher Fall sich natürlich von dem der Anordnung einer cognatischen Succession nach dem Aussterben der männlichen Nachkommenschaft, wesentlich unterscheidet, indem hier das Fideicommiß auch an die Descendenten des Ehemanns, welche von einer anderen Ehefrau, als der Tochter des letzten Besitzers herrühren, möglicher Weise fallen kann. Die in Rede stehende Wahl kann aber auch einer außerhalb jeden Zusammenhangs mit der Fideicommiß-Familie stehenden Person übertragen sein. So z. B. dem Landesherrn, an welchen der Errichter des Fideicommisses in der Stiftungsurkunde die Bitte richtet, nach dem Aussterben seiner oder der sonst berufenen Familie das Fideicommiß einer geeigneten Person, etwa einem um den Staat verdienten Mann zu verleihen. Erfolgt in solchen Fällen freilich die Wahl nicht, — und ein Zwang gegen den, welchem dieselbe übertragen war, ist ja nicht möglich — so erlischt, wenn nicht der Stifter hierfür bereits etwas angeordnet hat, die Fideicommißqualität der Güter, und diese fallen als freies Eigenthum an die Intestat- oder Testamentserben des letzten Besitzers.

In jedem Fall steht es dem Stifter frei, die Erwerbung des Fideicommisses an die Erfüllung gewisser Bedingungen zu knüpfen, soweit das Setzen von solchen überhaupt statthaft ist. Was aber den Einfluß einer für den einzelnen Successor unmöglichen oder einer unsittlichen Bedingung betrifft, so glaube ich, daß man dieselbe, abweichend von dem, was oben[86]) über den Einfluß derartiger Bedingungen auf die Existenz der Fideicommißstiftung gesagt ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Stiftung in einem Vertrag oder Testament erfolgte, stets für nicht hinzugefügt zu erachten hat. Denn dem einzelnen Successor gegenüber hat, wie das in dieser Arbeit zu wiederholten Malen ausgesprochen ist, die Fideicommißstiftung die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung, und zwar einer solchen, wie sie das römische Recht anerkennt.

Die bei Familienfideicommissen am häufigsten vorkommende Bedingung ist die der Annahme von Namen und Wappen des Stifters. Freilich findet sich dieselbe nur dann, wenn Jemand zur Succession berufen wird, der nicht zur Familie des Stifters selbst gehört. Ist dies der zuerst Berufene, so hängt davon die Existenz des Fideicommisses selbst ab. Ist die Bedingung aber den zur Succession berufenen Cognaten, oder dem, an welchen sonst das Fideicommiß nach dem Aussterben des Mannsstamms gelangen soll, gesetzt, so ist die Erfüllung derselben nur für ihn die Voraussetzung des Erwerbs des Fideicommisses. Eine Bedingung dieser Art ist eine condicio mixta, da der Wille des Berufenen, dem Gebot des Stifters Folge zu leisten, nicht genügt, vielmehr eine Verleihung oder Genehmigung von Seiten der Staatsgewalt hinzukommen

[86]) S. S. 151 f.

muß. Freilich ist es auch möglich, daß der Stifter diesem seinem Willen in der Form eines modus Ausdruck giebt. In diesem Falle würden zunächst gerichtliche Zwangsmaßregeln gegen den Fideicommißbesitzer, der sich weigerte, die Auflage zu erfüllen, statthaft sein[87]), wenn diese ohne Erfolg blieben, könnte zur Entziehung des Fideicommisses geschritten werden[88]). Letzteres freilich nur in dem Fall, wenn der Stifter es angeordnet und zugleich bestimmt hätte, an wen das Fideicommiß fallen sollte, weil es sonst an einem Klageberechtigten fehlen würde[89]).

Eine sich nicht selten in Fideicommißstiftungen findende Clausel ist die Vorschrift der Eingehung einer standesmäßigen Ehe, welche entweder darauf gerichtet sein kann, daß der Successor Personen aus gewissen Ständen nicht heirathe, oder daß er sich seine Frau aus bestimmten Ständen, namentlich bei adeligen Fideicommissen aus dem Adelsstande wähle. Diese Bestimmung kann sich als modus oder als condicio darstellen. Als modus wäre dieselbe wirkungslos, denn ein Zwang zur Erfüllung derselben, der sich in der Verhinderung einer nicht standesmäßigen Ehe äußern würde, ist undenkbar. Der Stifter muß daher den Besitz des Fideicommisses davon abhängig machen, d. h. er muß dieselbe in die Form einer Bedingung kleiden. Eine positive Suspensivbedingung ist nun hierfür nicht passend. Ihre Wirkung würde weit über den Zweck der Anordnung des Stifters hinausgehen, denn hiernach würde kein Successor das Fideicommiß erhalten, bevor er sich standesgemäß verheirathet hätte. Es bleiben daher übrig negative Suspensivbedingung (er erhält den Besitz, wenn er nicht eine unstandesmäßige Ehe eingeht) oder Resolutivbedingung (er verliert den Besitz, wenn er eine nicht standesmäßige Ehe eingeht). Wegen der im ersten Falle vom Successor beim Erwerb des Fideicommisses dafür zu leistenden Caution, daß er dasselbe im Fall der Nichterfüllung der Bedingung dem nächstberechtigten Successor restituiren werde, ist die Fassung einer Resolutivbedingung vorzuziehen.

---

[87]) Arg. L. 7 infin. De ann. legat. (33, 1). Der Stifter kann für diesen Fall auch die Zahlung einer Geldbuße an eine bestimmte Person oder eine öffentliche Anstalt vorgeschrieben haben, wie die Zulässigkeit einer solchen Anordnung aus L. 6 pr. L. 27 De C. et D. (35, 1) hervorgeht.

[88]) Arg. L. 21 § 3 De ann. legat. (33, 1).

[89]) Die älteren Juristen gehen in größter Ausführlichkeit auf die Möglichkeit und die Wirkung einer solchen Bestimmung des Stifters ein; so Peregrinus (de fideicommissis art. 11 n. 121), Molina (l. c. II c. 14 n. 5 sqq.), Fusarius (l. c. qu. 447 n. 1 sqq.), Knipschildt (l. c. VI n. 128—134). Peregrinus und nach ihm Fusarius machen bereits auf die Möglichkeit aufmerksam, solche Anordnung sowohl in die Gestalt einer condicio als eines modus zu kleiden.

§ 21.
Die Successionsarten.

Die Art und Weise, wie in ein Familienfideicommiß succedirt wird, hängt lediglich von der Anordnung des Stifters ab. Daß derselbe in dieser Beziehung ganz frei gestellt sei, erkennen sowohl die älteren als neueren Juristen ausdrücklich an [1]). Ebenso ist es auch in einigen Particularrechten ausgesprochen [2]), wogegen freilich andere entweder nur eine bestimmte Successionsordnung anerkennen [3]), also jedes Wahlrecht des Stifters in dieser Hinsicht ausschließen, oder dessen Wahl auf gewisse Arten beschränken [4]).

---

[1]) Knipschildt, de fideicommissis familiarum IX n. 1: Modum et formam succedendi quod attinet, si est a testatore sive primo institutore praescripta et expressa, haec omnino observanda erit. Non enim tenetur institutor edictum successorium, sive ordinem iuris commis succedendi observare, modo legitima liberis salva sit, sed libera ipsi disponendi facultas permissa. Krafft, de ordine successorio in fideicommissis familiae § 2. Stryck, de successione ab int. VII c. 3 § 1. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 8 N. 1. Eichhorn, Einleitung § 370 N. I. Salza, Familien-Fideicommisse S. 111. Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 156. Beseler, System § 176 N. IIIa. Hillebrand, Lehrbuch § 206.

[2]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 8: „Zuförderst und pro 1mo. wird in Fideicommiss-Successionen auf den a Fideicommittente selbst vorgeschriebenen Modum gesehen". Der Codex hält es für nothwendig, für denjenigen, welcher zu gleicher Zeit mehrere Familienfideicommisse errichtet noch besonders zu bestimmen (No. 3 ebendas.): „Kan derselbe auch in einem Libell unterschiedliche Fideicommissa machen, und jedem eine besondere Successions-Ordnung fürschreiben". Badisches Landrecht Art. 577 cl. (s. u. Note 31). Großherzoglich Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 26. Sächsisches Bürgerl. Gesetzb. § 2528.

[3]) So das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse, welches für alle zu errichtenden Fideicommisse nur die Primogeniturordnung zuläßt: § 87: „Bei Familien-Fideicommissen, welche neu errichtet werden, kann keine andere Successions-Ordnung als die Erstgeburtsfolge eintreten". Dasselbe gilt vom Hannöverschen Gesetz vom 13. April 1836. Es bestimmt im § 31: „Die Fideicommißgüter bleiben stets untheilbar, und es muß eine Succession in selbige nach Ordnung der Primogenitur eingeführt werden". Ebenso das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837 (§ 23: — „Von mehreren zugleich zur Nachfolge Berufenen kann nur Einer und zwar der Erstgeborne zum Naturalbesitz des Guts gelangen; unter mehreren Linien hat die erstgeborne, und in derselben hat der Erstgeborne den Vorzug".) und das vom 20. Mai 1858 (§ 6: — „Das Familien-Stammgut wird im Mannsstamme nach Ordnung der Primogenitur dergestalt vererbt, daß in der Descendenz des Stifters, sowie in der Descendenz der in der ersten Stiftung zugleich mit begriffenen Personen, der Erstgeborne zum Naturalbesitze gelangt; unter mehreren Linien hat die erstgeborne und in der erstgebornen der Erstgeborne den Vorzug".).

[4]) So das Preußische Landrecht § 140 II, 4: „In Zukunft sollen Landgüter

Die Anordnung des Stifters ist maßgebend für das Fideicommiß während seiner ganzen Dauer, nicht nur während des Besitzes der zunächst zum Fideicommiß berufenen Familie, sondern auch nachdem dasselbe an eine auf irgend eine Weise substituirte Familie gekommen ist[5]). Eine eigenmächtige Abänderung durch einen Besitzer ist unzulässig und für keinen der späteren Successoren verbindlich[6]). Dies Letztere folgt aus der Natur der Fideicommißfolge, als einer successio ex pacto et providentia maiorum, wie daraus auch weiter hervorgeht, daß die Aenderung auch dann nicht gültig wird, wenn sämmtliche lebende Anwärter ihre Einwilligung dazu gegeben haben[7]). Nur nach

---

zu Senioraten nicht mehr gewidmet werden". § 141: „Auch sollen Verordnungen, vermöge welcher ein Landgut sich in einer Familie nur nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge verfällen würde, künftig nur als fideicommissarische Substitutionen gelten". § 142: „Ein künftiger Fideicommiß-Stifter muß also eine solche Successionsordnung bestimmen, nach welcher ein dazu gewidmetes einzelnes Landgut immer nur Einem aus der Familie zu Theil werde". Hiernach ist freilich der Stifter in der Wahl der Successionsordnung nur bei den Familienfideicommissen beschränkt, welche aus Landgütern errichtet sind, nicht dagegen bei Geldfideicommissen.

5) **Knipschildt** l. c. IX n. 44 sq. **Krafft** l. c. § 4. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 8 N. 1. Ebenso bestimmt der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 8 nach den in Note 2 citirten Worten: „wobey 2do. die substituirt- oder nachfolgende Fideicommissarii allzeit das nemliche, was ihren Antecessoribus disfalls vorgeschrieben ist, wiederum zu beobachten haben, sofern Fideicommittens kein anderes und besonderes verordnete".

6) **Knipschildt** l. c. XI n. 149 sq. **Kreittmayr** a. a. O.

7) Diese Ausnahme macht freilich **Knipschildt** (l. c. n. 152). Aber er stellt doch nicht in Abrede, daß durch die in Rede stehende Einwilligung die noch nicht Geborenen nicht gebunden würden, und kommt damit wieder auf das im Text gegebene Resultat. Eine andere angebliche Ausnahme wird angenommen für den Fall, daß der die Stiftung ändernde Fideicommißbesitzer dem Fideicommiß neue Güter aus seinem Vermögen hinzufügt. Dann seien die Successoren, welche diese Güter erwerben wollten, auch verpflichtet, die von jenem Besitzer aufgestellten Bedingungen zu erfüllen. (**Molina**, de Hispan. primog. I c. 8 n. 35. **Knipschildt** l. c. n. 153). Das ist richtig, aber diese Verbindlichkeit existirt nicht, sobald der Successor sich darauf beschränkt, nur das ursprüngliche Fideicommiß zu fordern. Außerdem verlangen auch **Molina**, wie **Knipschildt**, daß die Zusatzbestimmungen mit der ursprünglichen Stiftung nicht im Widerspruch stünden. Endlich hält **Knipschildt** (l. c. n. 151) eine Abänderung der Anordnungen des Stifters für zulässig, wenn dieselbe vom letzten Besitzer geschah. Dagegen ist weiter nichts zu sagen, als daß dies gar keine Ausnahme von der Regel ist, da die Güter in der Hand eben dieses zum freien Allod geworden, worüber derselbe verfügen kann, und zwar auch in der Weise, daß er daraus ein neues Familienfideicommiß errichtet, für welches die Grundsätze der alten Stiftungsurkunde, aber mit Modificationen, maßgebend sein sollen. Nichts anderes, als eine Aenderung der ursprünglichen Stiftung ist auch die Einführung der Primogenitur, wo die-

den Particularrechten darf man in dem letzteren Falle die Abänderung für zu Recht bestehend halten, nach denen die lebenden Familienglieder in ihrer Gesammtheit überhaupt gültig Verfügungen über die Substanz des Fideicommisses treffen können. Das ist auch ausdrücklich anerkannt für das preußische Recht. Das Gesetz vom 15. Februar 1840 läßt nämlich Abänderungen einer Fideicommißstiftung, also auch der in dieser angeordneten Successionsordnung durch die lebenden Familienglieder zu, wenn solche in der Form eines Familienschlusses stattgefunden haben, also zu der übereinstimmenden Erklärung sämmtlicher Mitglieder die gerichtliche Bestätigung hinzugekommen ist[8]). Ganz wie durch das Particularrecht, so kann auch durch den Stifter selbst dem Besitzer mit oder auch ohne Genehmigung der Anwärter eine Aenderung der Successionsordnung gestattet sein. Freilich wird derselbe diese Befugniß nicht schlechtweg und ohne Weiteres jedem Besitzer ertheilen, sondern nur unter besonderen, von ihm aufgestellten Voraussetzungen.

Hat nun der Stifter seinen Willen ausdrücklich kundgegeben, so hat man sich genau danach zu richten. Etwaige Zweifel über denselben sind nach den allgemeinen Regeln der Interpretation der Willenserklärungen zu lösen. Hierbei hat man jedoch die ganze Stiftungsurkunde in Betracht zu ziehen, und darf sich nicht an einzelne Aeußerungen, wie z. B. die Bezeichnung des Fideicommisses als eines Majorats halten, und daraus auf die vom Stifter beabsichtigte Successionsordnung schließen. Mitunter ist durch die Gesetzgebung für zweifelhafte Fälle eine Auslegungsregel aufgestellt, wonach die Vermuthung für eine bestimmte von verschiedenen nach der Stiftungsurkunde möglichen Successionsordnungen sprechen soll. So ist nach dem Bayerischen Landrecht eher eine Primogenitur, als Majorat und Seniorat anzunehmen[9]). Und die-

---

selbe nach jener nicht bestand, durch einen Besitzer. An sich hält denn auch Knipschildt (l. c. n. 131—133) dieselbe für unzulässig. Seltsamer Weise aber dann für wirksam und für alle späteren Familienglieder für verbindlich, wenn dieselbe unter Mitwirkung sämmtlicher lebender Anwärter erfolgte, und nicht eine Bestimmung des Stifters geradezu entgegenstand. Er übersieht dabei, daß hierdurch, wenn auch die familia (was er geltend macht) splendidior reddatur, die Rechte der Anwärter, welche sonst zur Succession gelangt wären, verletzt werden, was dieselben nicht anzuerkennen brauchen.

[8]) Gesetz vom 15. Februar 1840 § 1: „Zu Rechtsgeschäften, welche die Substanz eines Familien-Fideikommisses betreffen, sowie zur Aufhebung, Abänderung, Ergänzung oder Erklärung einer Fideikommiß-Stiftung ist, sofern nicht nach dem gegenwärtigen Gesetze Ausnahmen zulässig sind (§ 15), ein Familienschluß erforderlich". Vgl. § 14. Ebenso ist durch die Braunschweigischen Gesetze vom 28. März 1837 (§ 24 — s. o. S. 287 Note 280 —) und vom 20. Mai 1858 (§ 8 — s. o. S. 287 Note 282 —) die Abänderung der gesetzlichen Successionsordnung durch übereinstimmenden Beschluß sämmtlicher lebender Familienglieder mit hinzukommender landesherrlicher Genehmigung gestattet.

[9]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 9 N. 4: „Wird in Dubio, ob der

selbe Regel hat das Oesterreichische Gesetzbuch aufgestellt, welches außerdem auch noch dem Majorat den Vorzug vor dem Seniorat giebt[10]). Ich glaube, daß man diese Regeln, im Fall einer wirklichen Unmöglichkeit, aus den Worten des Stifters, sich für das Eine oder das Andere zu entscheiden — aber nur in diesem — für das gemeine Recht gleichfalls zur Anwendung bringen darf, da sie dem Interesse des Familienfideicommisses, was doch hierbei unzweifelhaft in Betracht zu ziehen ist[11]), durchaus gemäß sind. Dagegen darf man m. E. die bei Successionsfällen sich ereignenden Streitigkeiten über die vom Stifter festgesetzte Ordnung nicht nach der Präcedenz früherer Fälle entscheiden, da von einer Familien-Observanz[12]) außerhalb des Kreises des hohen Adels nicht die Rede sein kann. Ebenso ist eine Interpretation durch einen Fideicommißbesitzer, auch unter Mitwirkung sämmtlicher lebender Anwärter, für unwirksam zu halten; weder die späteren Successoren, noch auch der Richter sind darauf Rücksicht zu nehmen, verpflichtet[13]).

Hat jedoch der Stifter hinsichtlich der Successionsordnung nichts festgesetzt, so fragt es sich, welche Grundsätze für die Succession maßgebend sind.

Das römische Recht gab; wie wir oben sahen[14]), dem jedesmaligen Besitzer die Befugniß, aus der vom Testator berufenen Familie selbst den Nachfolger auszuwählen. Dieses Wahlrechts geschieht auch von einigen über die modernen Familienfideicommisse und Majorate handelnden Schriftstellern Erwähnung[15]); doch erkennen die meisten dasselbe nur dann an, wenn es dem

Aelteste den Jahren oder der Linie nach in der Fideicommiss-Disposition verstanden seye, allzeit das letzte mehr, dann das erste gemuthmasset".

[10]) A. B. G. B. § 620: „Im Zweifel wird die Primogenitur eher, als ein Majorat oder Seniorat; und das Majorat wieder eher, als ein Seniorat vermuthet".

[11]) Das ist auch anerkannt worden im Preußischen Landrecht § 75 II, 4: „Wenn der Sinn des Stiftungsbriefes nicht klar ist: so muß derselbe jedesmal so gedeutet werden, wie es dem Zwecke der Erhaltung des Fideicommisses bei der Familie am gemäßesten ist.

[12]) Salza (a. a. O. S. 111) sieht allerdings in einer solchen Observanz einen Anhaltspunkt für die Interpretation.

[13]) Molina (l. c. I c. 8 n. 38) hält der Besitzer freilich zur Interpretation zweifelhafter Bestimmungen für befugt; und ist eine solche nach ihm, wenn sie wahrscheinlich, in iudicando zu befolgen oder doch wenigstens zu berücksichtigen. Durch die angegebene Bedingung wird die Ansicht ziemlich unschädlich, aber auch bedeutungslos. Die Particularrechte, welche eine Abänderung der Stiftung durch sämmtliche lebende Familienglieder zulassen, müssen auch eine gültige Interpretation der Willenserklärnng des Stifters durch dieselben anerkennen. S. hinsichtlich des preußischen Rechts das Gesetz vom 15. Februar 1840 § 1 (oben Note 8).

[14]) S. S. 13 f.

[15]) Molina l. c. II c. 4 n. 1 sqq. Fusarius, de fideicommissaria substitutione qu. 507. Knipschildt l. c. II n. 17—19 (wo ein solches Fideicommiß ein fideicommissum personale genannt wird). Posse, Prüfung des Unterschieds S. 20. Salza a. a. O. S. 114 f. Das Bayerische Landrecht behandelt den

Besitzer ausdrücklich durch den Stifter verliehen ist[16]. Unzulässig ist die Einräumung eines solchen Wahlrechts an den jedesmaligen Fideicommißbesitzer, oder auch an einen Dritten durch den Stifter durchaus nicht, allein es stimmt dies mit der in der Fideicommißerrichtung hervortretenden Willensrichtung, welche gerade das Eigenthümliche hat, daß der Stifter nicht Anderen die Verfügung über die zum Fideicommiß bestimmten Sachen überlassen, sondern die Schicksale derselben und damit eigentlich auch bis zu einem gewissen Grade die Schicksale der Fideicommiß-Familie selbst für immer vorausbestimmen will, nicht recht überein. Aber eben weil dadurch diese Willensrichtung wesentlich modificirt wird, läßt sich eine solche Anordnung nur billigen. Häufig sind jedoch derartige Familienfideicommisse heutzutage sicher nicht[17]. Schwierig ist bei Familienfideicommissen dieser Art die Entscheidung der Frage, was aus dem Fideicommißvermögen wird, wenn der Besitzer von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch macht und den Nachfolger nicht bestimmt. Die Meinungen der älteren Juristen gingen hierüber sehr auseinander. Nach den einen sollte das älteste Familienglied, nach anderen das dem Vorbesitzer am nächsten verwandte, wieder nach anderen das würdigste succediren. Einige stellten alsdann die Wahl in das arbitrium iudicis, die meisten behaupteten, daß alle, die wählfähig wären, zur Nachfolge gelangten, und zwar das Fideicommiß nach Köpfen theilten[18]. Die letztere Ansicht hatte die rota Romana in ihren Entscheidungen angenommen; sie wurde auch gesetzlich durch das Bayerische Landrecht anerkannt[19]. Salza will, vorausgesetzt, daß der Stifter Individualsuccession eingeführt hat, die Primogenitur eintreten lassen; über den Fall, wo keine Individualsuccession angeordnet ist, äußert er sich nicht. In diesem letzteren Fall muß m. E. die Sache so behandelt werden, als wenn der Stifter

---

Fall, wo der Stifter überhaupt einer bestimmten, von ihm bezeichneten Person das Recht gegeben hat, den Successor aus der von ihm genannten Familie zu ernennen. (Th. III C. 10 § 8 N. 7: — „wenn derjenige, welcher einen ex Familia zu erwählen von dem Fideicommittente benannt ist, entweder nicht wählen will, oder nicht mehr kan, dann — succedirt die ganze Familie — in Capita".)

[16]) Posse giebt freilich dem Besitzer bereits dann die in Rede stehende Befugniß, wenn der Stifter nichts über die Succession angeordnet und dem Besitzer nicht ausdrücklich das Recht, darüber Verfügungen zu treffen, abgesprochen hat. Allein diese Ansicht ist unbedingt zu verwerfen. Eine Berufung auf die Pandecten-Stellen, welche von diesem Recht des Besitzers handeln, ist unstatthaft, da in dieser Hinsicht die Grundsätze des noch unentwickelten römischen Familienfideicommisses auf das heutige consequent ausgebildete Institut keine Anwendung finden können.

[17]) Salza a. a. O. S. 115 Note 1 u. 2 führt dafür einige Beispiele an.

[18]) S. die Schriftsteller bei Fusarius l. c. qu. 505 n. 3. Vgl. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 8 N. 4.

[19]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 8 N. 7.

über die Successionsordnung nichts bestimmt hätte, d. h. es müssen die Grundsätze der gewöhnlichen Intestaterbfolge zur Anwendung gebracht werden. Bei angeordneter Individualsuccession trage ich kein Bedenken, mich Salza's Ansicht mit Rücksicht auf das, was ich über die Auslegung einer dunklen Willenserklärung des Stifters bemerkte, anzuschließen.

Hat aber der Stifter ein solches Wahlrecht dem Besitzer nicht verliehen, so kann dieser auch dasselbe nicht geltend machen. Es kann daher von demselben nicht die Rede sein, wenn jener über die Succession gar nichts angeordnet hat. Auf der anderen Seite ist aber eine derartige Disposition nicht für unvollständig und ungültig zu halten. Vielmehr sind in diesem Fall für die Fideicommißfolge lediglich entscheidend die Grundsätze der civilrechtlichen Intestaterbfolge[20]). Einige Juristen halten freilich die Regeln der Lehnsfolge für maßgebend[21]). Gründe werden jedoch hierfür nicht angeführt, außer daß auf die Aehnlichkeit der Familienfideicommisse und der Lehen hingewiesen wird. Besteht nun aber auch eine solche Aehnlichkeit in der That, und ist namentlich die Natur der Fideicommißfolge dieselbe, wie die der Lehnsfolge, so dürfen doch beide keineswegs einander ganz gleichgestellt werden, und namentlich fehlt es an jeder Veranlassung, die Fideicommißsuccession durch die Principien der Lehnsfolgeordnung bestimmen zu lassen, da die Familienfideicommisse ein Institut des gemeinen Privatrechts sind. Posse stellt hinsichtlich der Successionsordnung die Familienfideicommisse den Stammgütern, und diese den Lehen gleich; und wenn diese Gleichstellung richtig wäre, so ließe sich daraus eine Anwendung der bei den letzten geltenden Regeln auf die ersten rechtfertigen. Allein sowohl die eine, wie die andere ist verkehrt. Rücksichtlich der Lehen und der alten Stammgüter ist zu bemerken, daß wenn die Successionsordnung in vielen Stücken bei beiden übereinkommt, doch der wesentliche Unterschied zwischen denselben besteht, daß das Lehn nur an Descendenten des ersten Erwerbers kommen darf, während das Stammgut auch in die höheren Parentelen

---

[20]) So **Fusarius** l. c. qu. 481 n. 2. **Knipschildt** l. c. IX n. 4—8. **Krafft** l. c. § 12. **Stryck** l. c. VII c. 3 § 14. **Leyser**, meditationes ad pand. spec. 404 n. 6 (vol. V u. VI p. 996 sq. Responsum der Helmstedter Juristen-Facultät). Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 8 N. 5. Eichhorn a. a. O. § 370 N. I. Gerber, System § 276 a. E. In gleicher Weise bestimmt der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 8 N. 4: „Wenn der Modus Successionis a Fidei committente nicht bestimmt ist, so succedirt man dem letzten Fideicommiss-Besitzern nach der sonst ab Intestato üblichen Successions-Ordnung".

[21]) Posse a. a. O. S. 97—99. Westphal, teutsches Privatrecht II Abh. 57 § 9 S. 235. — Dies ist auch die Ansicht von Eichhorn (Einleitung § 370 N. I) und Salza (a. a. O. S. 112) hinsichtlich der Familienfideicommisse, bei denen Lehngüter mit Allodialgütern zusammen dem Fideicommißnexus unterworfen sind. Bei diesen nämlich sei zu vermuthen, daß der Stifter die für die Lehen bestehen bleibende Successionsordnung auch für das damit verbundene Allod gelten lassen wolle.

gelangen kann. Was sodann das Verhältniß der Stammgüter zu den Familienfideicommissen betrifft, so ist schon darauf hingewiesen, daß die Annahme ganz verkehrt ist, die alten Stammgüter lebten in den Familenfideicommissen gleichsam in civilistischem Gewande fort.

Wird nun gesagt, für die Succession sind maßgebend die Grundsätze der gewöhnlichen Intestaterbfolge, so ist damit zugleich entschieden, daß, wenn nicht eine andere Absicht des Stifters vorliegt, immer derjenige zur Nachfolge in das Fideicommiß gelangt, welcher am nächsten mit dem letzten Besitzer verwandt ist[22]). Stehen deren mehrere in demselben Grade, so gelangen sie zugleich zur Succession, sonst schließt der nähere Grad den entfernteren aus[23]).

---

[22]) Peregrinus, de fideicommissis art. 20 n. 1—3. Knipschildt l c. IX n. 76—97. Stryck l. c. VII c. 3 § 16. Lauterbach, collegium pand. II l. 36 t. 1 § 14 a. E. Leyser l. c. spec. 403 n. 2. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 8 N. 5. Posse a. a. O. S. 21. Das ist auch ausgesprochen im Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 8 N. 4 und in dem Oesterreichischen Gesetzbuch § 623: „Hat der Stifter hierüber seinen Willen nicht bestimmt ausgedrückt so wird mehr Rücksicht auf den letzten Besitzer, als auf den Fideicommiß-Stifter und den ersten Erwerber genommen". Vgl. § 622: „Der Stifter kann — denjenigen berufen, welcher im Grade entweder dem Fideicommiß-Stifter, dem ersten Erwerber, oder dem letzten Besitzer am nächsten kommt". Unter den älteren Juristen bestand freilich darüber eine Controverse, ob die Nähe der Verwandtschaft zum letzten Besitzer, und nicht vielmehr die zum Stifter des Fideicommisses das Entscheidende sei; s. die Schriftsteller, welche das Letztere behaupteten, bei Peregrinus l. c. n. 2 und bei Knipschildt l. c. n. 77—82. Die dafür angegebenen Gründe sind zum Theil ganz vag, zum Theil falsch. Man macht nämlich geltend, es handele sich um die Erbschaft des Stifters, nicht des Besitzers; der Stifter habe eine größere affectio erga eum, qui sibi proximior, quam gravato; bei Lehen succedire man nicht dem letzten Besitzer, sondern dem ersten Erwerber; endlich zieht man auch die L. 32 § 6 De legat. II herbei, die Stelle berufe nach den speciell genannten, die qui ex nomine defuncti fuerint, und die ex his primo gradu procreati, das seien proximiores ipsi testatori (s. über den Sinn dieser Stelle oben S. 17). Die erstere Ansicht galt jedoch, namentlich in der späteren Zeit als die receptior sententia. Für den Fall, meint Kreittmayr (a. a. O.), sei von derselben eine Ausnahme zu statuiren wenn der Stifter seine eigene Familie einem extraneus substituirt, denn da jene mit diesem in keiner Verwandtschaft stehe, so lasse sich proximitas gradus nicht nach ihm ermessen, sondern es komme auf die Nähe der Verwandtschaft zum Stifter an, und zwar sei bei der Berechnung derselben auf die Zeit des Todes des letzteren zu sehen. In Wahrheit ist jedoch dies gar keine Ausnahme, da hier eine ganz andere Familie zum Besitz des Fideicommisses gelangt..

[23]) Einige Schriftsteller, wie Stryck (l. c. VII c. 3 § 29), Krafft (l. c. § 10), Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 8 N. 3) beschränken dies auf den Fall, wo der Stifter für seine eigene Familie ein Fideicommiß errichtet. Wenn derselbe dagegen zu demselben eine fremde Familie berufen hat, ohne etwas über

Von den Particularrechten haben diese Grundsätze ausdrücklich anerkannt das Oesterreichische und das Sächsische Gesetzbuch. Ersteres bestimmt im § 624: „Wenn der Stifter anordnet, daß das Fideicommiß immer dem Nächsten aus der Familie zufallen solle; so wird darunter derjenige verstanden, welcher nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge aus der männlichen Nachkommenschaft der nächste ist. Zwischen mehreren gleich Nahen wird, dafern aus der Anordnung nicht das Gegentheil erhellet, der Genuß des Fideicommisses getheilt". Das Sächsische Gesetzbuch beruft (im § 2527) gleichfalls in Ermangelung einer besonderen Anordnung des Stifters „alle zur gesetzlichen Erbfolge berechtigte Verwandten der bestimmten Familie".

Hierbei macht sich das Repräsentationsrecht in der gewöhnlichen Weise geltend [24]), so daß die Enkel und weiteren Descendenten von vorverstorbenen Söhnen zugleich mit den Söhnen das Fideicommiß erhalten, und wenn der Besitzer eines

---

die Successionsordnung festzusetzen, so lassen sie sämmtliche Mitglieder dieser Familie in capita succediren. Dies hat auch das Bayerische Landrecht festgesetzt. Dasselbe bestimmt im Th. III C. 10 § 8 N. 7: Dafern Fideicommittens nicht seine eigne, sondern eine fremde Familie, ohne den Modum succedendi hierunter zu reguliren, beruft, so succediren alle und jede von selbiger Familie, und zwar die Söhne sammt denen Vättern in Capita, mithin werden die Fideicommiss-Nutzungen alle Jahre in soviele Theile vertheilt, als Capita Familiae vorhandeu seynd". Daß der Disponirende eine derartige Anordnung beliebt habe, ist bei einem gewöhnlichen Fideicommiß, welches er nicht einzelnen speciell bezeichneten Personen, sondern einer ganzen Familie hinterlassen hat, wohl möglich, bei einem dauernden Familienfideicommiß aber kaum denkbar, da dieselbe zu den größten Verwickelungen und Mißständen führen müßte.

[24]) So Grassus, receptae sententiae § fideicommissum qu. 11 n. 3 sq. Petra, de fideicommissis qu. 11 n. 8 sqq. Peregrinus l. c. art. 21. Fusarius l. c. qu. 485 n. 1 sqq. n. 16 sq. Knipschildt l. c. IX n. 21—36. Sande, de prohibita rerum alienatione p. III c. 6 n. 22. Stryck l. c. VII c. 3 § 23—25. Lauterbach l. c. l. 36 t. 1 § 14. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 8 N. 5. Auch im Bayerischen Landrecht ist dies anerkannt. Dasselbe bestimmt nämlich im Th. III C. 12 § 1 N. 5 — „daß das Ius Repraesentationis eben nicht in Successionibus ab Intestato allein, sondern auch in Testamenten und anderen Dispositionibus inter Vivos vel Mortis causa Statt habe, wenn hierin deren Befreunden mit solchen Worten erwehnt wird, woraus man schliessen kan, daß sie sich auf Art und Mas, wie bei Successionibus ab Intestato gewöhnlich ist, vertheilen sollen, z. E. per Verba: Meinen Befreunden, welche mich sonst geerbt hätten, oder meinen nächsten Befreunden und Erben. Ein anderes ist hingegen, wenn der nächsten Befreunden überhaupt gedacht wird, ohne daß die Worte: Erben, oder die mich sonst geerbt hätten, mitbeygesetzt seynd, dann da hat das Ius Repraesentationis nicht mehr Statt, sondern der nähere im Grad schliesset den weiteren allzeit aus". Diese erstere Bestimmung dieser Stelle läßt sich unbedenklich mit Kreittmayr auf die Familienfideicommisse anwenden.

Theils des Fideicommisses ohne Hinterlassung von Söhnen stirbt, auf diesen Theil nicht nur die Brüder desselben Anspruch haben, sondern auch die Söhne der bereits verstorbenen Brüder. Ebenso sind die Grundsätze des Civilrechts dafür maßgebend, ob mehrere gleichberechtigte Anwärter in capita oder in stirpes succediren[25]). Dagegen könnte es zweifelhaft sein, ob die vollbürtigen Brüder einen Vorzug vor den consanguinei haben, oder ob diese mit jenen zugleich zur Succession gelangen. Knipschildt[26]) ist für das Erstere und stützt sich darauf, daß dies dem Civilrecht gemäß sei und bei einem Familienfideicommiß der hier behandelten Art lediglich die Grundsätze der gemeinrechtlichen Intestaterbfolge zur Anwendung zu bringen. Andere Schriftsteller dagegen statuirten zwischen fratres germani und consanguinei keinen Unterschied, und zwar deshalb, weil es bei Familienfideicommissen nur auf die Agnation ankäme, die duplicitas vinculi daher nicht in Betracht gezogen werden dürfe[27]). Letztere Ansicht ist auch vom Bayerischen Landrecht recipirt worden. Dieses bestimmt nämlich im Th. III C. 10 § 8 N. 5: „Haben auch Fratres Germani vor denen Consanguineis hierinfalls keinen Vorzug, sondern sie succediren gleich". Nichts desto weniger halte ich die Ansicht von Knipschildt für die richtige. Allerdings findet bei eigentlichen Familienfideicommissen nur agnatische Succession Statt, aber darin liegt doch keine Veranlassung, unter den Agnaten selbst nicht alle die Gründe für den Vorzug des einen vor dem anderen gelten zu lassen, welche das Civilrecht als solche statuirt, wenn der Stifter selbst es nicht für nothwendig gehalten hat, dieselben auszuschließen, da ja unbestrittener Maßen in dem Verhältniß zum Vorbesitzer der Grund für den Vorzug eines von mehreren Anwärtern zu suchen ist. Die Analogie des Lehnrechts, welche man wohl zuweilen herbeigezogen hat beweist nichts, weil es sich eben nicht um eine der Lehnsfolge nachgebildete Succession handelt, sondern die Erbfolge die civilrechtliche ist.

Wenn aber nach diesem Successionsmodus mehrere Gleichberechtigte zugleich das Fideicommiß erhalten, so fragt es sich, ob sie dasselbe unter sich zu theilen berechtigt sind. Und da bin ich der Ansicht, daß eine derartige Befugniß, mag der Stifter die Theilung noch ausdrücklich verboten[28]), oder dies nicht gethan haben, ihnen unbedingt abzusprechen ist. Abgesehen von der mit einer derartigen Realtheilung des Fideicommißguts verbundenen Schwierigkeit[29]), einen

---

[25]) Knipschildt l. c. IX n. 37. Stryck l. c. VII c. 3 §§ 23—25.

[26]) L. c. IX n. 39—42.

[27]) Sande, decisiones Frisic. l. IV c. 5 def. 7. Stryck l. c. VII c. 3 § 35 sq. Lauterbach l. c. l. 36 t. 1 § 14. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 8 N. 5.

[28]) Nur in diesem Fall hält Knipschildt (l. c. VI n. 316—331. XVI n. 201 sq.) eine Realtheilung für unstatthaft.

[29]) Das bei sonstigen Auseinandersetzungen unter Communionsinteressenten

jeden Theil zu bewirthschaften, ist eine solche unzweifelhaft dem Willen des Stifters entgegen, der den Glanz seiner Familie durch den Besitz eines bestimmten Guts, und nicht von zehn oder mehr in den Händen einzelner Familienglieder befindlicher Parzellen erhalten wissen wollte. Es ist daher nur zuläßig eine Theilung des Ertrags der Güter unter die Besitzer, wenn diese es nicht vorziehen, dieselben gemeinschaftlich zu bewirthschaften[30]). Das Badische Landrecht läßt freilich auch eine Realtheilung des Fideicommisses zu[31]). Bei Geldfideicommissen steht natürlich jedem Miteigenthümer ein Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Theil der Zinsen des Fideicommißcapitals zu. Die im römischen Recht aufgestellte Unstatthaftigkeit der Ausschließung der Theilungsklage für die einzelnen Interessenten[32]) glaubt Knipschildt durch die Erwägung zu beseitigen, daß hier eine certa et rationabilis caussa, nämlich die conservatio familiae für die Ausschließung der Theilung vorliege[33]). Richtiger dürfte wohl der Grund darin zu suchen sein, daß dem älteren deutschen Recht dauernde Gemeinschaften des Vermögens oder wenigstens gewisser Immobilien nicht fremd waren, und daher der Uebertragung der hierbei stattfindenden Untheilbarkeit auf die Familienfideicommisse nichts im Wege stand.

Läßt sich jedoch auch gegen die Möglichkeit einer Gemeinschaft der Fideicommißbesitzer an den Fideicommißobjecten nichts sagen, so ist das doch keineswegs ein erwünschter Zustand. Ein gemeinsamer Haushalt ist bei einem Familienfideicommiß eben so unerträglich als sonst. Eine Verpachtung des Fideicommißguts ist auch nicht stets den Interessen der Besitzer angemessen; jedenfalls gewährt denselben in diesem Falle das Gut nicht den Ertrag, welchen sie bei eigener Bewirthschaftung aus demselben, vorausgesetzt daß sie tüchtige Landwirthe wären, hätten ziehen können. Außerdem setzt die Verpachtung einen übereinstimmenden Beschluß sämmtlicher Besitzer voraus, wenn sich nicht

---

anzuwendende Ausgleichungsmittel, nämlich gänzliche oder theilweise Abfindung einzelner mit Geld, führt hier nur wieder zu neuen Verwickelungen, indem kein späterer Successionsberechtigter den von seinem Ascendenten gegen die Abfindung abgegebenen Verzicht auf den Besitz des Fideicommisses anzuerkennen braucht.

[30]) Vgl. oben S. 198. So auch das Oesterr. A. B. G. B. § 624, welches unter mehreren Gleichberechtigten den Genuß des Fideicommisses theilen läßt. Dasselbe setzt ebenfalls wohl das Bayerische Landrecht voraus. Vgl. Th. III C. 10 § 8 N. 7 (Note 23).

[31]) Badisches Landr. Art. 577 cl.: „Stammgut kann an mehrere männliche Nachkommen zugleich vererbt werden, wenn die Familienverträge nichts anders verordnen, so lang diese sich gefallen lassen in Gemeinschaft zu bleiben, oder das Stammgut so groß ist, daß es unter sie vertheilt werden kann, ohne daß ein Theil unter den mindesten Betrag einer Stammgutsberechtigung herabsinke".

[32]) L. 14 § 2 Comm. div. (10, 3). L. fin. C. eod. (3, 37).

[33]) L. c. n. 329 sq. Freilich bezieht sich auch diese Auslassung nur auf den Fall, wo der Stifter die Theilung verboten.

hierüber Bestimmungen des Stifters finden; ein derartiger Beschluß ist aber unter Umständen nicht zu erzielen. Aus eben diesem Grunde stößt auch das Auskunftsmittel, Einem Besitz und Verwaltung des Guts mit der Verpflichtung, den übrigen Berechtigten ihre Antheile am jährlichen Ertrage oder auch die vertragsmäßig festgesetzten Summen auszuantworten, auf Schwierigkeiten. Diese Unzuträglichkeiten wachsen von Generation zu Generation, denn präsumptiv vermehrt sich mit jeder die Zahl der Fideicommißinteressenten. Freilich können diese Schwierigkeiten durch genau gefaßte Anordnungen des Stifters gehoben werden; allein ein anderer Uebelstand kann nicht beseitigt werden. Es besteht dieser geradezu in der Unmöglichkeit, mit den vorhandenen Mitteln den bei der Fideicommißstiftung obwaltenden Zweck, das Ansehen der Familie zu erhalten, zu erreichen. Diese Mittel sind in der Mehrzahl der Fälle beschränkt, wie sich dies bereits aus den Summen ersehen läßt, welche von den einzelnen Particulargesetzen als Maximum aufgestellt sind. Sie reichen hin, um einem Besitzer und dessen Familie ihr Auskommen, zuweilen auch wohl glänzendes Auskommen zu gewähren, selten aber wird dieselbe Möglichkeit vorhanden sein, wenn es sich um mehrere Besitzer handelt. Diese Möglichkeit verschwindet mit jeder Generation regelmäßig immer mehr, und haben die zuerst zum Fideicommiß Berufenen eine zahlreiche Nachkommenschaft, so besteht der Vortheil, welchen das Fideicommiß den einzelnen Besitzern gewährt, in kleinen jährlichen Bezügen, von denen dieselben sich gar nicht erhalten können[34]). Daß diese Befürchtung in der That eine begründete, dafür geben auch die Hausgesetze der hochadeligen Familien einen Beleg. Ueberall ist in diesen Besitz und Genuß des Familienvermögens Einem gewährt und nur verhältnißmäßig geringe Prästationen sind diesem zu Gunsten der Agnaten und gewisser anderer Familienglieder auferlegt. Und doch ist die in Rede stehende Gefahr eine viel geringere bei einer hochadeligen Familie, als bei einem Familienfideicommiß, weil regelmäßig die Mittel jener weit beträchtlicher sind, als die zu diesem gewidmeten.

Will man diese Uebelstände vermeiden, so muß man von der Simultansuccession absehen, und im Interesse der Familie immer nur Einen zum Besitz des Fideicommisses gelangen lassen, d. h. man muß eine Individualsuccession einführen. Darauf, daß diese Successionsart, wenn auch nicht durch die Natur des Fideicommisses bedingt, doch die einzig geeignete sei, um den in der Errichtung eines Familienfideicommisses zum Ausdruck gelangenden Zweck zu erreichen, haben auch bereits die älteren Juristen[35]) hingewiesen, wie

---

[34]) So bemerkt auch Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1 u. 2 N. 4: „Die bei anderen Fideicommissen (scil. solchen, bei denen keine Individualsuccession besteht) üblichen Theilungen reduciren endlich das Fideicommiß mit der Zeit auf ein non ens oder mathematische analyse des infiniment petits".

[35]) Molina l. c. I c. 11 n. 3: Divisione — dignitas familiae memoriaque

aus demselben Grunde die heutigen Particularrechte zum größeren Theil die Individualsuccession allein anerkennen[36]), oder sie nur durch ausdrückliche Anordnung des Stifters ausschließen lassen[37]). Eine solche Successionsart kann aber nur, wenn sie nicht durch das Particularrecht vorgeschrieben ist, durch ausdrückliche Anordnung des Stifters eingeführt werden. Hierzu ist es erforderlich, daß er seinen darauf gerichteten Willen in unzweideutiger Weise kundgegeben, und es genügt z. B. nicht, wenn er bestimmt hat, daß immer der Nächste zur Succession gelangen soll. Damit stimmt Kreittmayr[38]) überein, welcher mit Recht behauptet, daß in solchem Fall auch mehrere in demselben Grade stehende Anwärter zugleich das Fideicommiß erhielten, indem der Stifter mit jener Bestimmung nur die Anwendung der Intestaterbfolgeordnung habe andeuten wollen. Salza[39]) ist freilich entgegengesetzter Meinung und will in solchem Fall „die Fideicommißsuccession nach Art und Weise einer gewöhnlichen Majoratsfolge den Aeltesten unter den im gleichen Grade der Verwandtschaft stehenden Fideicommiß-Anwärtern" treffen lassen. Allein eine derartige Interpretation der Willenserklärung des Stifters ist durchaus willkürlich. In seinen Worten liegt nichts, was auf eine Bevorzugung des höheren Alters unter mehreren gleich nahen Anwärtern hindeutet. Mit demselben Recht könnte man demselben unterlegen, er habe mit seiner Anordnung ein Minorat beabsichtigt. Hat der Stifter den Nächsten berufen, so deutet der von ihm gebrauchte Singular eben so wenig auf Einführung einer Individualsuccession, als aus der Wendung, die Nächsten sollen stets zur Nachfolge gelangen zu schließen ist, daß wenn nur Einer mit dem Vorbesitzer am nächsten verwandt ist, auch die Verwandten des nächstfolgenden Grades gleichfalls zur Succession gelassen werden müßten.

---

eiusdem, ac universa patrimonia destruuntur. Ebenso Knipschildt l. c. VI n. 270: Ut plurimum autem fideicommissa familiarum ita institui solent, ut vel senior vel primogenitus de familia solus succedat, idque consultius et ad maiorem familiarum splendorem facere ex sequentibus apparet.

[36]) So das Preußische Landrecht § 142 II, 4. Bayerisches Edict über die Familien-Fideicommisse § 87. Hannöversches Gesetz vom 13. April 1836 § 31. Braunschweigisches Gesetz vom 28. März 1837 § 23. vom 20. Mai 1858 § 6. Das Badische Landrecht bestimmt dies nur für den Fall, daß das Stammgut zu klein ist, als daß von Mehreren Jeder das gesetzliche Minimum erhalten könnte, oder (was sich von selbst versteht) dies durch Familienverträge festgesetzt ist. Es heißt nämlich im Art. 577 cm.: „Stammgut, wenn es wegen seines geringen Betrags oder wegen der Familienverträge untheilbar ist, kann nur an einen der Stammgenossen kommen; dieser bestimmt sich bei dem Herrenstand nach Erstgeburtsrecht und bei dem Ritterstand, wenn nicht Erstgeburts- oder Altererbe in den Familienverträgen sich festgesetzt befindet, sowie bei dem Lehen, nach Vorzugserbrecht".

[37]) Großherzogl. Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 26.

[38]) A. a. O. III C. 10 § 8 N. 5. [39]) A. a. O. S. 123.

Bei einer Individualsuccession ist nun stets maßgebend das Alter, und zwar entweder das höhere oder das niedere. Danach unterscheidet man zunächst Majorat und Minorat. Das erstere zerfällt in drei Unterarten, nämlich Seniorat, Majorat im engeren Sinne und Primogenitur, und in gleicher Weise das Minorat in Juniorat, Minorat im engeren Sinne und Ultimogenitur. Eine jede dieser Successionsordnungen ist bei einem Familienfideicommiß möglich, und ist dies auch ausdrücklich anerkannt durch das Oesterreichische Gesetzbuch, welches (im § 619) bestimmt: „Das Fideicommiß ist insgemein entweder eine Primogenitur, oder ein Majorat, oder ein Seniorat", und dann (im § 622) hinzusetzt: „Der Stifter kann auch die Ordnung der Erbfolge ganz umkehren, und den letzt Nachgebornen aus der älteren Linie; oder den Jüngsten aus allen Linien — berufen". Es sind daher diese möglichen Successionsarten einzeln zu betrachten.

Ein Seniorat ist die Successionsordnung, bei welcher stets der Aelteste der ganzen zum Fideicommiß berufenen Familie, ohne Rücksicht auf die Linie und die Nähe des Grades zur Nachfolge kommt[40]). Hier ist also das Alter

---

[40]) **Betsius**, de statutis VIII § 50. **Knipschildt** l. c. VI n. 266. 268. **Stryck** l. c. VII c. 1 § 19. c. 3 § 8. **Beck**, de licita maioratuum alienatione p. 4. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 9. **Eichhorn** a. a. O. § 370 N. II. **Dalwigk**, Erbrecht III S. 46. **Salza** a. a. O. S. 147 f. **Beseler** a. a. O. § 176 N. VIIa. vgl. § 172 b. **Gerber** a. a. O. § 275. **Walter**, System § 473. **Gengler** a. a. O. Anm. zu § 230. Die älteren Juristen gebrauchen hierfür ebenfalls den Ausdruck maioratus. Darüber aber, daß sie hiermit ein Seniorat bezeichnen, kann kein Zweifel sein. Das zeigen die von ihnen gegebenen Erklärungen (**Betsius** l. c.: Et hoc est proprie ius maioratus, quod aliquando ita statuitur inter eos, qui sunt eiusdem familiae, ut semper natu maximus in familia etiam in remotiore gradu succedat. **Knipschildt** l. c.: Et haec proprie maioratus est natura, ut semper natu maximus deque aliqua familia aetate maior, etiam ex geniculo remotiore succedat. **Stryck** l. c.: Seniorem sive maiorem eum dicimus, qui in tota aliqua familia aetate maior est et alios nativitate antecellit. Itaque in maioratu fundamentum successionis praerogativa aetatis). Ebenso findet sich diese Erklärung von Seniorat in einigen Particularrechten. So im Cod. Max. Bav. civ III C. 10 § 9: „Ist aber 3tio. die Successions-Ordnung nicht nach dem Alter der Linie und Erstgeburt, sondern nach dem Alter der Jahren eingerichtet, dergestalt, daß solche denjenigen betreffen soll, welcher den Jahren nach der Aeltiste von der Familie ist, so heißt es eigentlich ein Majorat oder Seniorat". § 135 Pr. A. L. R. II, 4: „Hat der Stifter verordnet, daß jedesmal der Aelteste aus der Familie zur Succession gelangen solle: so heißt die Stiftung ein Seniorat". § 126: „Auf Seniorate haben alle männliche Nachkommen des Stifters Anspruch". § 137: „Es succedirt also, bei dem Abgange des jedesmaligen Besitzers, der Aelteste den Jahren nach, ohne Rücksicht auf die Linie oder den Grad der Verwandschaft". Oesterr. B. G. B. § 619: „Das Fideicommiß ist insgemein entweder eine Primogenitur

das allein Entscheidende, wobei natürlich als der maßgebende Zeitpunkt der Tod des Vorbesitzers anzusehen ist[41]). Läßt sich, wenn zwei Personen hierbei Anspruch auf die Succession erheben, nicht beweisen, wer von ihnen der Aeltere ist, was namentlich bei Zwillingsbrüdern der Fall sein wird, aber auch sonst noch vorkommen kann, so muß eine Entscheidung durch das Loos getroffen werden. Dies wurde von der Mehrzahl der Juristen behauptet[42]), wie es auch durch den Codex Maximilianeus[43]) und das Preußische Landrecht[44]) angeordnet ist.

---

oder ein Majorat, oder ein Seniorat, je nachdem der Stifter desselben die Nachfolge entweder dem Erstgebornen aus der älteren Linie, oder dem Nächsten aus der Familie dem Grade nach, unter mehreren gleich Nahen aber dem Aelteren an Jahren; oder endlich, ohne Rücksicht auf die Linie, dem Aelteren aus der Familie zugedacht hat".

[41]) Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 9. Ebenso das Preußische Landrecht § 137 II, 4.

[42]) S. die Schriftsteller b. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 9; ebenso Salza a. a. O. S. 132. Hier wird diese Entscheidung freilich zum Theil mit Rücksicht auf die Primogenituren gegeben, was aber irrelevant ist. Einige Juristen (die freilich ebenfalls nur von der Primogenitur handeln, ließen beide zur Succession gelangen, doch lediglich aus dem Grunde um Unruhen zu vermeiden; bei der Regierungsnachfolge geben in diesem Falle auch einige den proceres regni ein Wahlrecht. Die Vertheidiger der einen, wie der andern Ansicht führt Struck (l. c. VII c. 2 § 49) auf, der sich selbst für die erstere entscheidet. Für das österreichische Recht läßt Wildner (das Fideicommiß-Recht S. 160) bei Zwillingen den Genuß des Fideicommisses unter dieselben vertheilen. Dafür macht er geltend, daß derartige Zwillinge als zugleich geboren fingirt würden (was sich aus der Analogie des § 25 des B. G. B. ergeben soll) somit also „beide (als Eins) die Erstgeborenen" seien, sodann greift nach ihm hier die Analogie des § 624 Platz, wonach bei einem „dem Nächsten aus der Familie" bestimmten Fideicommiß zwischen mehreren gleich Nahen der Genuß des Familienfideicommisses getheilt werden soll. Allein diese Ansicht steht offenbar im Widerspruch mit der Intention des Stifters, welcher eben durch Einführung der Individualsuccession nur Einem den Genuß des Fideicomisses zuwenden wollte. Die Analogie des § 624 ist nicht zutreffend, weil hier gar nicht von einer Individualsuccession die Rede ist. Auch die anologe Anwendung des § 25 auf die Beurtheilung des Verhältnisses von Zwillingen zu einander erscheint zum mindesten gewagt. Derselbe bestimmt nämlich, daß, wenn sich nicht beweisen läßt, wer von mehreren Personen zuerst gestorben, alle als zu gleicher Zeit verstorben vermuthet werden.

[43]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 9 N. 6: „Giebt auf den Fall, wenn unter zwey Competenten das Alter oder die Erstgeburt durch hinlänglichen Beweis nicht gemacht werden kan, das Loos den Ausschlag".

[44]) § 138 A. L. R. II, 4: „Machen zwei Familienmitglieder, welche den Jahren nach die gleich ältesten sind, Anspruch; und der genaue Zeitpunkt ihrer Geburt kann nicht ausgemittelt werden: so muß das Loos unter ihnen entscheiden".

Die älteren Juristen berichten, daß in früherer Zeit die Seniorate häufiger als die Primogenituren gewesen[45]). Dagegen war die Anschauung der späteren Zeit den ersteren entschieden abgeneigt. Der Grund liegt in der Unzweckmäßigkeit der Seniorate, welche von allen Formen der Familienfideicommisse am wenigsten geeignet sind, zur Erreichung des hierbei obwaltenden Zwecks, Erhaltung und Erhöhung des Ansehens der Familie, zu dienen. Es ist nämlich sehr unwahrscheinlich, daß die Besitzer sich die Verbesserung der Fideicommißgüter und Erzielung eines dauernden möglichst hohen Ertrags werden angelegen sein lassen. Einmal sind die Interessenten, wenn sie zur Succession gelangen regelmäßig zu alt, um noch selbst mit Erfolg der Bewirthschaftung des Guts vorzustehen, und dann haben sie ein zu geringes Interesse daran, wirkliche Meliorationen vorzunehmen, da selten Jemand Lust hat für Fremde zu arbeiten. Der Besitzer nämlich genießt bei dieser Successionsart voraussichtlich nur wenige Jahre, vielleicht gar nicht mehr, die Früchte seiner guten Verwaltung, und seine Kinder werden durch den Aeltesten der Familie, mitunter einen ganz entfernten Verwandten, zu welchem er in gar keiner Beziehung steht, ausgeschlossen. Das einzige Bestreben des Besitzers wird gewöhnlich das sein, mit einem möglichst geringen Aufwand von Kosten, so viel, als nur immer angeht, aus dem Fideicommiß zu ziehen, was ohne Verschlechterung der Substanz der Güter nicht geschehen kann. Auf diese bedenklichen Seiten der Seniorate ist denn auch in früherer wie in jetziger Zeit aufmerksam gemacht worden[46]). Das hat dahin geführt, daß in neuerer Zeit die Seniorate particularrechtlich zuweilen ganz ausgeschlossen sind. Letzteres ist entweder ausdrücklich geschehen, oder stillschweigend, indem das Gesetz nur eine Successionsordnung als die einzig mögliche hinstellt. Jenes gilt vom Preußischen Landrecht rücksichtlich der nach seiner Emanation zu errichtenden Familienfideicommisse, soweit dieselben auf Grundeigenthum gegründet werden sollten[47]); dieses vom Bayerischen Edict über die Familienfideicommisse[48]); dem Hannöverschen Gesetz vom 13. April 1836[49]) und dem Braunschweigischen Recht[50]). Daß das Seniorat heutzutage bei Familienfideicommissen häufig vorkäme, wird von keinem Schriftsteller behauptet. Eichhorn[51]) ist der Ansicht, daß das bei demselben geltende Princip bei der eigentlichen Succession in die Fideicommißgüter gar nicht zur Anwendung gebracht werde, sondern nur für die Ausübung einzelner Familienrechte, wofür

---

[45]) Vgl. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1 u. 2 N. 4.

[46]) Kreittmayr a. a. O. Runde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände (1799) Bd. I S. 352. Salza a. a. O. S. 148.

[47]) § 140 A. L. R. II, 4. [48]) Edict § 87.

[49]) Ges. vom 13. April 1836 § 31.

[50]) Gesetz vom 23. März 1837 § 23 und vom 20. Mai 1858 § 6.

[51]) A. a. O. § 370 Note e.

auch der Ausdruck ius senii gebraucht wird[52]). Wildner[53]) zählt nach Vogelhuber[54]) einige österreichische Familien auf, bei denen ein Seniorat bestünde. Er erklärt dies jedoch weiter dahin, daß bei diesen Familien sich Lehnsherrlichkeiten befänden, deren Genießer das älteste Familienmitglied sei. Das würde nun freilich gerade ein Beweis für die eben berührte Meinung sein. Nichts desto weniger trage ich Bedenken, dieselbe selbst für unsere Zeit unbedingt für richtig zu halten, denn, wenn ich auch zugeben will, daß heutzutage Seniorate, selbst da, wo dieselben durch die Gesetzgebung erlaubt sind, wohl schwerlich gestiftet werden, so haben solche doch in früherer Zeit, nach dem, was die älteren Juristen darüber sagen, unzweifelhaft bestanden, und so ist es auch leicht möglich, daß sich ein derartiges Fideicommiß erhalten hat. In dieser Hinsicht macht Salza[55]) darauf aufmerksam, daß dem Geschlechtsältesten zur Bestreitung des bei Ausübung der Familiengerechtsame[56]) erforderlichen Aufwandes oder als Vergeltung für seine Mühwaltung hierbei gewisse Güter überwiesen sein können.

Welcher Wortfassung muß sich aber der Stifter bedient haben, damit der Schluß auf ein von ihm beabsichtigtes Seniorat gerechtfertigt erscheint? Knipschildt[57]) giebt als Beispiel für die Errichtung eines Seniorats an die Anordnung: es soll succediren „der Aelteste des Stammens und Nahmens", und in gleicher Weise wird in einer Dissertation von Solms[58]) die Berufung des Aeltesten „von seinen männlichen Descendenten" als Einführung eines Seniorats verstanden; ebenso nahm, nach der Angabe von Cramer[59]), der Reichshofrath ein Seniorat da an, wo der Aelteste eines Stammes oder eines Geschlechts berufen war. In diesen und ähnlichen Fällen muß man m. E. ein solches annehmen, ungeachtet daß man heutzutage die Seniorate mit einer gewissen Ungunst behandelt, und im Zweifel geneigt ist, gegen die Existenz eines solchen zu entscheiden. Allein irgend eine Hinweisung darauf, daß es sich um den Aeltesten der ganzen berufenen Familie handelt, wird man fordern müssen, und die bloße Bezeichnung des Successors als des Aeltesten kann nicht für ausreichend erachtet werden[60]). Hat der Stifter da-

[52]) Rudloff, de iure senii in familiis illustribus (Buetzov 1769)] p. 14.

[53]) A. a. O. S. 7 Note *.

[54]) Versuch über die Fideicommisse in den österreichisch deutschen Erbländern (Wien 1808).

[55]) A. a. O. S. 149 Note 5.

[56]) Solche Gerechtsame sind Lehnrecht in Folge einer Gesammtbelehnung, hier erscheint dann der Senior der Familie als Lehnsträger; Patronatrecht, Verleihung von Familienstipendien (s. Walter a. a. O. § 473).

[57]) L. c. n. 266. [58]) De maioratu (Lips. 1729) § 15.

[59]) Observationes iuris universi t. VI obs. 1429.

[60]) So auch Runde a. a. O. Mittermaier, Grundsätze II § 450. Dalwigk a. a. O. III S. 47. Salza a. a. O. S. 148.

gegen gesagt, er errichte ein Seniorat für seine oder eine bestimmte fremde Familie, ohne etwas Näheres über die Successionsordnung anzugeben, oder hat er bestimmt, er wolle, daß in das Fideicommiß nach den Grundsätzen des Seniorats succedirt werde, und es findet sich keine der Natur dieses widersprechende Anordnung über die Nachfolge, so ist anzunehmen, daß er in Wahrheit ein Seniorat in der technischen Bedeutnng des Worts und in seiner consequenten Ausbildung beabsichtigt habe, und man ist nicht berechtigt, demselben wegen der Unzweckmäßigkeit dieser Successionsart einen anderen Sinn unterzulegen. Dem Richter steht es nicht zu, den Disponirenden zu bevormunden, und selbst auf die Möglichkeit hin, daß diesem die Natur des von ihm genannten Instituts nicht bekannt gewesen, der Erklärung desselben einen anderen, als den mit Nothwendigkeit daraus zu entnehmenden Willen zu Grunde zu legen. Denn, wenn schon da, wo in der That eine Disharmonie zwischen dem erwiesenen Willen und der Erklärung besteht, nicht etwa der Wille maßgebend ist, und die Erklärung danach rectificirt werden darf, sondern die Willenserklärung für ungültig angesehen wird; so sind wir um so weniger zu einer Modificirung der Erklärung da berechtigt, wo nichts über einen entgegengesetzten Willen des Disponirenden feststeht, die Erklärung also vollkommen zu Recht besteht. Man darf dem auch nicht entgegensetzen, daß ich oben selbst behauptet, man könne sich bei der Entscheidung über die vom Stifter beabsichtigte Successionsordnung nicht durch die von ihm gebrauchte Bezeichnung derselben allein leiten lassen. Denn dies ist nur von dem Fall zu verstehen, wo die Stiftungsurkunde noch andere Anhaltspunkte für die Entscheidung an die Hand giebt.

Bei der zweiten Unterart der Majorate, dem Majorat im engeren Sinne, ist das Alter ebenfalls von Einfluß, aber es ist nicht das allein bestimmende Moment, sondern dasselbe giebt nur den Ausschlag unter mehreren gleich nahen Verwandten[61]). An erster Stelle kommt es also bei den Fideicommiß-

---

[61]) Schott, de iudicio super successione in maioratu saepe arduo (Lips. 1782) § 4. Solms l. c. § 16. Eichhorn a. a. O. § 370 N. II. Salza a. a. O. S. 142. Mittermaier a. a. O. § 450. Maurenbrecher a. a. O. § 628. Beseler a. a. O. § 176 N. VIIa. Hillebrand a. a. O. § 206. Gerber a. a. O. § 275. Walter a. a. O. § 473. Gengler a. a. O. Anm. zu § 230. Ebenso das Preußische Landrecht § 145 II, 4: „Verordnet der Stifter, daß zwar der nächste aus der Familie, dem Grade nach, zur Succession gelangen, unter mehrern gleich nahen aber der ältere, den Jahren nach, die jüngern ausschließen solle: so heißt die Stiftung ein Majorat"; und das Oesterreichische Gesetzbuch § 619 (s. o. Note 40). § 623; vgl. Wildner a. a. O. S. 165 f. Einige ältere Juristen wie Knipschildt, Stryck, Kreittmayr behandeln die Majorate gar nicht, indem das, was sie mit diesem Namen bezeichnen, ein Seniorat ist. Dasselbe gilt vom Bayerischen Landrecht; vgl. Th. III C. 10 § 9 N. 3 (oben Note 40).

prätendenten auf die Nähe der Verwandtschaft an, und zwar, wenn der Stifter nichts anderes bestimmt hat, zum letzten Besitzer, nicht zum Stifter, was überall da gar keinen Sinn haben würde, wo das Fideicommiß gar nicht für die Familie des Stifters, sondern für eine fremde, mit diesem nicht einmal verwandte Familie begründet ist; aber auch nicht zum ersten Erwerber, denn dem letzten Besitzer wird succedirt[62]). Die Nähe der Verwandtschaft aber wird ausgemittelt durch einfache Gradberechnung[63]). Ist also unter den Familiengliedern eines näher, als alle übrigen mit dem Vorbesitzer verwandt, so gelangt eben dieses, ohne irgend welche Rücksicht auf sein Alter, zur Succession, und erst wenn mehrere in demselben Verwandtschaftsgrade stehen, schließt der Aeltere die Jüngeren aus, wobei man wieder, wenn der Streit über das höhere Alter nicht anders zu entscheiden ist, zum Loose greifen muß. Auf die Linie kommt es bei dieser Erbfolgeordnung gar nicht an. Es gelangt das Fideicommiß nicht an die von einem Besitzer ausgehende erstgeborene Linie, sondern an die zweitgeborene oder noch spätere, wenn bei dem Tode jenes in der ersteren Linie keine unmittelbaren Descendenten desselben, wohl aber in einer der letzteren vorhanden sind. Es fällt dasselbe aus der erstgeborenen Linie, selbst wenn in dieser noch Familienglieder vorhanden, heraus und kommt an die zweitgeborene, wenn Mitglieder der letzteren mit dem letzten Besitzer näher verwandt sind, als die der ersteren, oder bei gleicher Gradesnähe, älter sind, als die der ersteren. Unter denselben Voraussetzungen kann das Fideicommiß von der erstgeborenen Linie mit Ueberspringung der zweitgeborenen sogleich an die drittgeborene oder eine noch spätere gelangen. Aus den gleichen Gründen ist es weiter möglich, daß das in der zweitgeborenen oder einer späteren Linie befindliche Fideicommiß wieder an die erstgeborene zurückkommt. Das Repräsentationsrecht ist bei dieser Successionsordnung vollständig ausgeschlossen, da hier nicht die Grundsätze der civilrechtlichen Intestaterbfolge-Ordnung für die Succession maßgebend sind, sondern allein die Gradesnähe entscheidet. Der Sohn eines vor dem Besitzer verstorbenen älteren Sohnes desselben schließt daher nicht den jüngeren Sohn desselben aus, eben so wenig der Sohn des älteren Bruders des Vorbesitzers den jüngeren Bruder dieses.

---

[62]) Solms l. c. § 15 extr. Salza a. a. O. S. 142. Das Oesterreichische Gesetzbuch bestimmt in dieser Beziehung Folgendes § 622: „Der Stifter kann — überhaupt denjenigen berufen, welcher im Grade entweder dem Fideicommiß-Stifter, dem ersten Erwerber, oder dem letzten Besitzer am nächsten kommt". § 623: „Hat der Stifter hierüber seinen Willen nicht bestimmt ausgedrückt, so wird mehr Rücksicht auf den letzten Besitzer, als auf den Fideicommiß-Stifter und den ersten Erwerber genommen. Sind mehrere Personen in gleichem Grade vorhanden, so giebt das höhere Alter den Ausschlag".

[63]) Auch das Oesterreichische Gesetzbuch läßt hier nicht seinem Erbfolgesystem gemäße Linealgradualfolge eintreten, sondern die Nähe des Grades bestimmen: §§ 619. 622. 623.

Endlich ist hierbei gleichgültig die volle oder halbe Geburt, vorausgesetzt, daß die Verwandtschaft eine agnatische ist. Consanguinei werden daher durch germani nicht ausgeschlossen, denn auf die Gradesnähe als solche hat die halbe Geburt keinen Einfluß.

Die dritte Species des Majorats, die Primogenitur ist die Successionsordnung, nach welcher stets der Erstgeborene in der erstgeborenen Linie zur Nachfolge gelangt. Von den vom ersten Besitzer des Fideicommisses ausgehenden Linien (Descendentenreihen) schließt immer die ältere die jüngere, also der erstgeborene Sohn und dessen Descendenz den zweitgeborenen mit seinen Nachkommen, diese wieder den drittgeborenen mit seinen Descendenten u. s. f. aus, so daß also die jüngere Linie keinen Anspruch auf den Besitz des Fideicommisses hat, so lange noch Mitglieder der älteren vorhanden sind; und in gleicher Weise macht sich die Erstgeburt innerhalb der einzelnen Linien selbst geltend. Dagegen ist die Nähe des Grades zu dem letzten Besitzer auch innerhalb der einzelnen Linie gleichgültig[64]).

In dieser Weise wird die Primogenitur auch in einigen Particularrechten charakterisirt. So im Bayerischen Landrecht, welches im Th. III C. 10 § 9 bestimmt: „1mo. Wenn die Successions-Ordnung dergestalt regulirt ist, daß nur der Aeltest- und Erstgebohrne in dem Fideicommiss allein zu succediren hat, so heißt es eine Primogenitur, und wird hierin 2do. weder auf die Nähe des Grads, noch das Alter der Jahren, sondern lediglich auf die ältere Linie gesehen, dergestalt, daß z. E. der Sohn, Enkel und all weitere männliche Descendenten des Primogeniti, mithin seine ganze Linie dem Secundogenito und dessen Linie vorgezogen wird, sofort auch bei Subdividirung jeder Linie allemal wiederum der von der älteren dem von der jüngeren subdividirten Linie in Successione vorgehet." In gleicher Weise verordnet für das heutige bayerische Recht das Edict über die Familien-Fideicommisse (§ 87): „Bei Familien-Fideicommissen, welche neu errichtet werden, kann keine andere Successions-Ordnung als die Erstgeburtsfolge eintreten, vermöge deren — immer der Erstgebohrne in der ältern Linie zum Fideicommiß gelangt, so daß der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen, Enkeln und weitern männlichen Descendenten weichen muß". Ebenso lautet die Definition des Preußischen Landrechts. Es sagt nämlich der § 147 II, 4: „Primogenituren heißen solche Fideicommisse, wo die Succession nach Linien mit dem Rechte der Erstgeburt

---

[64]) So auch **Knipschildt** l. c. VI n. 266—268. IX n. 44—60. **Stryck** l. c. VII c. 2 § 50. **Kreittmayr** a. a. O. III C. 10 § 9. **Eichhorn** a. a. O. § 370 N. II. **Mittermaier** a. a. O. § 450. **Maurenbrecher** a. a. O. § 628. **Gerber** a. a. O. § 275. **Bluntschli**, deutsches Privatrecht § 205 N. 4. **Beseler** a. a. O. § 176 N. VIIa. § 172c. **Walter** a. a. O. § 473 **Gengler** a. a. O. Anm. zu § 230.

geordnet ist"; und der § 153: „Auf den Grad der Verwandtschaft mit dem letzten Besitzer kommt es dabei gar nicht an" [65]). Auch das Oesterreichische Gesetzbuch nimmt eine Primogenitur dann an, wenn der Stifter die Nachfolge „dem Erstgebornen aus der älteren Linie" zugedacht hat [66]), und verordnet weiter (im § 621): „Bei der Primogenitur gelanget eine jüngere Linie erst nach Erlöschung der älteren zum Fideicommisse, so, daß der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen, Enkeln, Urenkeln und weiteren Nachkömmlingen weichen muß". Die Braunschweigischen Gesetze vom 28. März 1837 und vom 20. Mai 1858 erklären die von ihnen vorgeschriebene Primogenitur durch die Bestimmung: „unter mehreren Linien hat die erstgeborne, und in derselben hat der Erstgeborne den Vorzug". [67])

Bei einem Fideicommiß, für welches die Grundsätze der Primogenitur maßgebend sind, gelangen also nach dem Tode eines Besitzers die Familienglieder in folgender Reihenfolge zur Succession. Das nächste Anrecht hat der erstgeborene Sohn des Vorbesitzers. Sind die ältesten Söhne Zwillinge, und es läßt sich nicht ermitteln, wer früher geboren ist, so muß, wie das Gleiche oben für das Seniorat und Majorat angenommen wurde, unter ihnen das Loos entscheiden [68]). Ist der erstgeborene Sohn bereits bei Lebzeiten seines Vaters gestorben, so gebührt die Nachfolge nicht etwa dem zweitgeborenen oder sonst später geborenen Sohne, sondern dem von dem erstgeborenen herrührenden Enkel, Urenkel und noch entfernteren Descendenten des Vorbesitzers [69]). Von

---

[65]) Ueber die Ausschließung der jüngeren Linie durch die ältere bestimmt das Landrecht § 157 II, 4: „So lange von dem erstgebornen Sohne des Stifters noch ein männlicher Abkömmling vorhanden ist, bleibt das Fideicommiß immer in derselben Linie, mit Ausschließung aller übrigen". § 158: „Nach gänzlicher Erlöschung dieser Linie gelangt die Linie von dem zweiten Sohne des Stifters zur Succession, und schließt die jüngeren Linien aus".

[66]) A. B. G. B. § 619.

[67]) Ges. vom 28. März 1837 § 23; vom 20. Mai 1858 § 6.

[68]) Bei der Primogenitur braucht man zu diesem Auskunftsmittel nur dann zu greifen, wenn es sich um Zwillinge handelt, während dies bei dem Majorat, eben so wenig, wie beim Seniorat der einzige Fall ist.

[69]) Bei den älteren Juristen war diese Frage, deren Erörterung der ganze Tractat des Portugiesen Saa (de primogenitura — 1606 —) gewidmet ist, freilich außerordentlich bestritten, wenn sie dieselbe meist auch nur mit Rücksicht auf die Thronfolge behandelten. Vgl. Knipschildt l. c. IX n. 62—66 und die daselbst angeführten Juristen; ferner Stryck l. c. VII c. 3 § 27. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 9. Dem Baldus erschien die Entscheidung so schwierig, daß er dieses Räthsel lieber den Apollo lösen lassen, als es selbst errathen wollte (in L. 19 C. De iur. delib.) und das freimüthige Bekenntniß ablegte, er sei in dieser Hinsicht so blind, wie ein Nachtrabe (in L. 5 De I. et I.). In der späteren Zeit war jedoch die überwiegende Mehrzahl der Juristen für den Vorzug des Sohnes des Erstgeborenen vor dem Zweitgeborenen. Der Grund

diesen schließen natürlich die Enkel die Urenkel, diese die entfernteren Nachkommen aus, und innerhalb der einzelnen Classen stets der Erstgeborene die Spätergeborenen. Erst wenn gar keine Nachkommen des erstgeborenen vorhanden sind, gelangt der zweitgeborene Sohn des Vorbesitzers zur Succession, und wenn auch dieser zur Zeit des Ablebens des Vorbesitzers bereits todt war, dann die Descendenten desselben, und zwar diese nach denselben Grundsätzen, wie die Nachkommen des Erstgeborenen. Ist auch der zweitgeborene Sohn nicht mehr am Leben, und keine Descendenz von demselben vorhanden, so erhält der drittgeborene resp. unter derselben Voraussetzung und in derselben Weise dessen Nachkommenschaft das Fideicommiß. Nach diesen die noch später geborenen Söhne und deren Descendenten. Hat dagegen der Besitzer gar keine Descendenten hinterlassen, so fällt das Fideicommiß an seinen ältesten Bruder, oder, wenn dieser schon todt, an die Abkömmlinge desselben; und wenn auch solche nicht da sind, an den dem Alter nach zweiten Bruder und dessen Nachkommen, sodann an den dritten Bruder nebst Descendenten u. s. f. Es versteht sich hierbei von selbst, daß für die Descendenz der Brüder dieselben Regeln, wie für die der Söhne des Vorbesitzers maßgebend sind. Sind keine Brüder und Descendenten von diesen vorhanden, so gelangen die väterlichen Oheime mit ihrer Nachkommenschaft zur Succession und zwar wieder in der Weise, daß immer der ältere Oheim und die Descendenz desselben den jüngeren Oheim mit dessen Nachkommen ausschließt. Bei dem Nichtvorhandensein von Oheimen und Abkömmlingen von solchen fällt das Fideicommiß nach denselben Grundsätzen an die Brüder des Großvaters und deren Descendenz[70]). Und so geht man jedesmal bei dem Ausgange der einen

---

für jene seltsame Controverse (denn, wenn man sich das Wesen der Primogenitur klar machte, war dieselbe ganz unmöglich) ist darin zu suchen, daß man in der älteren Zeit sehr häufig die Primogenitur mit Majorat und Seniorat verwechselte und die Grundsätze der ersteren mit denen der letzteren vermischte (s. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III § 429). Selbst die bekannte Bestimmung der goldenen Bulle c. VII § 3: Primogenitus filius succedat in principatu. Ius, vox et potestas eleccionis ad eum, illo vero non extante ad eiusdem primogeniti primogenitum devolvatur. Si vero primogenitus huiusmodi absque heredibus legittimis laicis ab hac luce migraret, ius, vox et potestas eleccionis ad seniorem fratrem laicum per veram paternalem lineam descendentem, et deinceps ad illius primogenitum laicum devolvatur; läßt darüber Zweifel, ob reine Primogenitur oder Primogenitur mit Majorat gemischt, beabsichtigt sei, indem nicht bestimmt ist, ob nach dem Aussterben der Descendenz des Erstgeborenen der noch lebende drittgeborene oder noch später geborene Sohn des Vorgängers durch die Nachkommen des bereits verstorbenen zweitgeborenen ausgeschlossen werden solle. (Vgl. Eichhorn a. a. O. Note d. Schulze, das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern (Leipz. 1851) S. 313 ff. S. 387 ff).

[70]) Diese Folgerungen hat aus dem von ihm aufgestellten Princip auch das Preußische Landrecht gezogen. Es bestimmt dasselbe nämlich (§ 149 II, 4): „In

Linie zu der nächst höheren zurück. Hierbei ist freilich vorauszusetzen, daß die Agnaten des letzten Besitzers zugleich Descendenten des ersten Erwerbers sind.

Das Recht der Primogenitur ist also eine modificirte Parentelenordnung. Gemeinsam ist beiden, daß es nach der einen wie nach der anderen zunächst ankommt auf die Linie; die Descendenz des Vorbesitzers, entsprechend der Parentel des Erblassers, hat den nächsten Anspruch auf Succession; dann folgt immer die Parentel d. h. die Descendenz des nächsten Ascendenten des Vorbesitzers. Dagegen besteht zwischen Parentelenordnung und

---

Primogenituren gelangt zuvörderst der erstgeborne Sohn des Stifters, mit Ausschließung aller seiner nachgebornen Brüder, zum Besitze des Fideicommisses. (§ 150) Bei dessen vor oder nach dem Stifter erfolgenden Abgange succedirt hinwiederum sein erstgeborner Sohn. (§ 151) Mit gleicher Ordnung geschieht die Succession in den übrigen Geschlechtsfolgen; dergestalt, daß immer der erstgeborne Sohn des Besitzers, und desselben Descendenten, die nachgebornen Brüder und übrigen Verwandten ausschließen. (§ 152) Geht ein Nebenast in der erstgebornen Häuptlinie gänzlich aus: so gelangt die Succession an den zweiten Nebenast, so wie sich derselbe der Erstgeburt am nächsten zieht. (§ 154) Hinterläßt also der letzte Besitzer keine männliche Descendenz, wohl aber Brüder, Brudersöhne, oder männliche Nachkommen von Brüdern in weiteren Graden: so succedirt unter diesen der ältere Bruder, oder dessen erstgeborner Sohn, oder des erstgebornen Sohnes ältester Sohn, mit gänzlicher Ausschließung aller nachgebornen, so wie der etwa vorhandenen Vatersbrüder. (§ 155) Eben so, wenn der letzte Besitzer weder Descendenten noch Brüder noch männliche Nachkommen von Brüdern verläßt, gelangt die Succession auf den nächstgebornen Bruder seines Vaters, und dessen männliche Descendenz, nach gleicher Ordnung der Erstgeburt. (§ 156) Sind auch keine Vatersbrüder oder männliche Nachkommen von selbigen mehr vorhanden: so wird der nächstgeborne Bruder von dem Großvater des letzten Besitzers, nebst dessen männlichen Nachkommen, überall nach Ordnung der Erstgeburt, zur Succession berufen". Diese Bestimmungen beziehen sich auf die erstgeborene Linie. Sie werden aber auch auf die folgenden vom Gesetz selbst für anwendbar erklärt; das Landrecht bestimmt nämlich weiter: „(§ 159) In dieser zweiten Linie gilt, wegen der beständig zu beobachtenden Ordnung der Succession, ohne Rücksicht auf den Grad der Verwandtschaft zum letzten Besitzer, eben das, was wegen der ersten Linie vorgeschrieben ist. (§ 160) Es gelangt also nach erloschener ersten Linie, unter den männlichen Descendenten von des Stifters zweitem Sohne derjenige zur Succession, welcher von desselben erstgebornem Sohne herstammt, und unter den übrigen sich am nächsten zur Erstgeburt zieht. (§ 161) Nach eben diesen Grundsätzen wird die Successionsordnung auch in der dritten, vierten, und den folgenden Linien, welche vom Stifter absteigen, bestimmt". Das Landrecht nimmt hierbei durchweg als Ausgangspunkt für die Berechnung den Stifter. Das ist natürlich nur für den Fall richtig, wo der Stifter das Fideicommiß für seine eigene Familie und seine sämmtlichen Söhne errichtet hat. Ist dagegen die Stiftung zu Gunsten einer fremden Familie oder nur eines Sohnes des Stifters geschehen, so muß der erste Besitzer als Haupt der Familie, nach welcher die Succession sich richtet, betrachtet werden.

der Erbfolge nach dem Recht der Erstgeburt die Verschiedenheit, daß bei der ersteren innerhalb der einzelnen Parentelen und unter den Mitgliedern derselben Parentel, d. h. aller derjenigen, die mit dem Erblasser den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater haben, die Gradesnähe das entscheidende ist, während bei der letzteren das Alter den Ausschlag giebt, und zwar sowohl hinsichtlich der Unterlinien der Parentel, als hinsichtlich der Mitglieder einer Unterlinie.

Aus diesem Wesen der Primogenitur ergeben sich die einzelnen oben aufgeführten Sätze lediglich als Consequenzen, und es ist verkehrt, die Ausschließung der Zweitgeborenen und Spätergeborenen durch die Descendenten der Erstgeborenen auf ein unbeschränktes Repräsentationsrecht zurückzuführen, wie dies von älteren Juristen[71]) und in neuerer Zeit von Salza[72]) geschehen ist, welche ausführen, daß das von dem Erstgeborenen (wohl durch seine Geburt) erworbene Recht zugleich für dessen Descendenten erworben werde. So wenig nämlich bei der gewöhnlichen Intestaterbfolge von einem Repräsentationsrecht in dem Sinne die Rede ist, daß die entfernteren Descendenten und Bruderkinder nicht iure proprio, sondern iure praedefuncti parentis succedirten, eben so wenig, und noch viel weniger (da es sich hier um eine successio ex pacto et providentia maiorum handelt), kann bei der Fideicommißfolge das Recht der entfernteren Descendenten als auf sie durch ihre Ascendenten devolvirt betrachtet werden.

Was die Frage betrifft, in welchem Fall eine Fideicommißstiftung mit Einführung der Individualsuccession für ein Majorat, in welchem für eine Primogenitur zu halten sei, so unterliegt die Beantwortung derselben durchaus keinen Schwierigkeiten, wenn der Stifter einfach angeordnet, in das Fideicommiß solle nach den Grundsätzen eines Majorats oder der Primogenitur succedirt werden, oder erklärt, er errichte ein Majorat oder eine Primogenitur, und sich durchaus enthalten hat, selbst die Consequenzen aus der von ihm gewählten Successionsart zu ziehen. In diesem Falle ist nämlich anzunehmen, wie das Gleiche bereits hinsichtlich des Seniorats bemerkt wurde, daß er das Institut in seiner wahren Bedeutung beabsichtigt habe. Zweifelhaft könnte man nur sein, ob dies auch für die in früherer Zeit errichteten Majorate richtig sei, und zwar deshalb weil in dieser das Majorat mit dem Seniorat und auch mit der Primogenitur verwechselt wird, zuweilen der Ausdruck auch ein aus Majorat und Primogenitur gemischtes Institut bezeichnet[73]). Aber selbst in diesem Falle muß man als Regel den oben aufgestellten Satz festhalten, und hier nur wie überall eine Ausnahme von derselben alsdann zulassen, wenn erwiesener Maßen der Stifter mit jenem Wort eine andere, als die technische Bedeutung

[71]) S. Knipschildt l. c. IX n. 61 und die daselbst citirten Schriftsteller. Cramer, opuscula I n. 9 § 4.

[72]) A. a. O. S. 127.

[73]) Vgl. z. B. Solms l c. § 15. Schott l. c. § 13.

verband (wofür freilich die Stiftungsurkunde nicht als der einzige Anhaltspunkt betrachtet werden darf), oder man allgemein zur Zeit der Errichtung oder an dem Wohnort des Stifters jenes Wort anders verstand. Ist dies nicht der Fall, so ist man zu einer Abweichung von der Regel um des blos schwankenden Sprachgebrauchs willen nicht berechtigt. Und man darf hierauf auf keinen Fall den oben auch als gemeinrechtlich anerkannten Satz anwenden, daß im Zweifel eine Primogenitur vor einem Majorat anzunehmen sei. Hat der Stifter jedoch die Erbfolgeordnung nicht so ganz allgemein bezeichnet, sondern specielle Regeln für die Succession der Mitglieder der berufenen Familie gegeben, so hat man zu untersuchen, ob diese Regeln Consequenzen des Rechts der Erstgeburt oder des Majorats sind, und danach die eine oder die andere Successionsordnung auch für die Fälle, welche der Stifter nicht vorgesehen, als entscheidende Norm aufzustellen. Alsdann freilich ist auf die Bezeichnung der Stiftung als eines Majorats oder einer Primogenitur keine Rücksicht zu nehmen, denn hier enthalten eben jene genaueren Angaben des Stifters die Anhaltspunkte für die Feststellung des Sinnes, welchen derselbe mit jener verbunden hat. Schwieriger wird jedoch diese Sache, wenn der Stifter die Successionsordnung mit so allgemeinen Ausdrücken angedeutet hat, daß dieselben in einem gewissen Sinne für jede der möglichen Erbfolgearten passen. In diesem Falle ist darauf zu sehen, mit welcher derselben sich der gebrauchte Ausdruck in der ungezwungensten Weise verbinden läßt. Dies gilt namentlich von der Berufung des „Aeltesten" schlechtweg zum Successor. Dieser Aelteste kann der Aelteste der ganzen Familie, der gleich nahen Verwandten und der ältesten Linie sein. In diesem Fall nehmen mehrere Juristen unbedenklich Primogenitur an[74]). Und mit Rücksicht auf die schon öfter berührte Präsumption zu Gunsten dieser Successionsart trage ich kein Bedenken, mich dieser Meinung anzuschließen. Der vom Stifter gewählte Ausdruck läßt nämlich nur einen Schluß zu auf die Absicht desselben, die Individualsuccession, und zwar ein Majorat im weiteren Sinne bei dem von ihm gestifteten Fideicommiß einzuführen; welche Art eines solchen derselbe jedoch beabsichtigt, das läßt die Bezeichnung vollständig ungewiß. Dasselbe muß man m. E. sagen, wenn der Stifter hinsichtlich der Succession sich auf die Bemerkung beschränkt hat: in dieses Fideicommiß soll allemal nur Einer succediren. Denn obwohl dieselbe eben so gut auf ein Minorat, als auf ein Majorat gehen kann, so ist doch jenes beim Familienfideicommiß so sehr die Ausnahme, daß man mit noch größerem Recht gegen ersteres und für letzteres die Präsumption aufstellen darf, als gegen das Seniorat resp. Majorat und für die Primogenitur. Eine

---

74) Menochius, consilia cons. 775 n. 1 u. 2 cons. 1023 n. 7. Molina l. c. I c. 5 n. 39. Knipschildt l. c. VI n. 304. Mittermaier a. a. O. § 450. Dalwigk a. a. O. S. 48. Salza a. a. O. S. 148.

große Zahl von Juristen nahm demgemäß auch in diesem Falle eine Primogenitur an[75]). Die Einführung einer Individualsuccession ist aber das geringste Anzeichen, woraus der Schluß auf die vom Stifter beabsichtigte Primogenitur als gerechtfertigt erscheint. Wo nicht einmal ein solcher Anhalt vorhanden, kann man auch letztere nicht annehmen. So z. B. im Falle (in welchem ältere Juristen die Einführung einer Primogenitur präsumirten), wenn der Stifter bestimmt hat, daß de gradu in gradum succedirt werde[76]), wo vielmehr gewöhnliche Gradualfolge anzunehmen ist, also alle in demselben Grade Stehenden zuzulassen sind.

Es dürfte jetzt wohl am Orte sein, die practischen Verschiedenheiten des Seniorats, Majorats und der Primogenitur an einigen Beispielen zu veranschaulichen, wenn schon dieselben klar zu Tage liegen. Kommen bei einem Successionsfall nur Söhne des Vorbesitzers in Frage, so ist die Entscheidung dieselbe, welche von den drei Successionsarten auch vorgeschrieben sein mag. Der ältere Sohn schließt stets den jüngeren aus. Concurriren jedoch Söhne des Vorbesitzers und von einem vorverstorbenen älteren Sohne Enkel, so schließt nach dem Majorat der älteste der noch lebenden Söhne nicht nur die jüngeren aus, sondern auch die von dem verstorbenen erstgeborenen Sohne abstammenden

---

[75]) Menochius l. c. cons. 713 n. 1 sqq. Molina l. c. I c. 5 n. 34. Fusarius l. c. qu. 384 n. 2. Knipschildt l. c. VI n. 301. Facultatis iuridicae Tubingensis consilia et responsa (Tubing. 1731 sqq.) vol. III cons. 231 n. 93. Moser, Staats-Recht Th. XIII S. 459 § 29. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 1 u. 2 N. 4. Runde a. a. O. I S. 369. Salza a. a. O. S. 151, welche beiden letzteren jedoch zuerst die Observanz des Hauses entscheiden lassen wollen. Die älteren Juristen stützen sich hierbei freilich seltsamer Weise auf einige Pandecten-Stellen, welche durchaus keine Analogie darbieten, nämlich L. 89 § 1 De V. S. (50, 16). L. 10 De C. et D. (35, 1). L. 41 De V. O. (45, 1). Von diesen Stellen bestimmt die erste, die Redewendung: dum nupta erit bezeichne die primae nuptiae. In der zweiten heißt es, die condicio: filiae meae, cum nupserit, sei eine solche, welche semel impleri debeat. In der dritten endlich sagt Ulpian, daß unter den Kalendae Ianuariae, an welchen eine Leistung geschehen soll, im Zweifel die nächsten Kalenden zu verstehen seien.

[76]) Molina l. c. I c. 5 n. 32. n. 38 sq. Menochius l. c. cons. 904 n. 45. Fusarius l. c. qu. 584 n. 7. Knipschildt l. c. VI n. 306. Unbegreiflich ist es, wie diese Juristen dazu kommen, eine Primogenitur anzunehmen in dem Fall, wo der Stifter rücksichtlich einer Burg oder eines ähnlichen Gegenstandes die Erhaltung in der Familie verordnet hatte (Menochius l. c. cons. 713 n. 8. cons. 915 n. 21. Fusarius l. c. qu. 384 n. 5. Knipschildt l. c. VI n. 303); ferner in dem, wo derselbe lediglich dem Successor die Pflicht auferlegte, arma et insignia familiae zu tragen (Molina l. c. I c. 5 n. 34. Menochius l. c. cons. 106 n. 1. Fusarius l. c. qu. 384 n. 9. Knipschildt l. c. VI n. 9).

Enkel; nach der Primogenitur dagegen gehen die Enkel den Söhnen vor. Ebenso verhält es sich nach dem Seniorat, wenn diese Enkel älter als die Söhne sind, sonst succedirt dagegen der älteste Sohn. Sind nur Enkel des Vorbesitzers von verschiedenen Söhnen vorhanden, so schließt nach dem Seniorat und Majorat der den Jahren nach älteste Enkel, wenn er selbst von dem jüngsten Sohne des Besitzers abstammt, die übrigen, auch von den älteren Söhnen herrührenden, Enkel aus; nach der Primogenitur dagegen gelangt der älteste vom erstgeborenen Sohne herrührende Enkel zur Succession und schließt alle übrigen, selbst an Jahren älteren, Enkel aus. Hinterläßt der Vorbesitzer Söhne und Brüder, so succedirt nach dem Seniorat der älteste Bruder, vorausgesetzt, daß er älter als die Söhne des verstorbenen Besitzers, und schließt diese aus. Nach Majorat und Primogenitur werden die Brüder durch die Söhne ausgeschlossen, unter diesen letzteren entscheidet nach beiden Successionsarten das Alter. Auch die Söhne vorverstorbener Brüder des letzten Besitzers und noch entferntere Verwandte gehen nach dem Seniorat den Söhnen desselben vor, unter der Voraussetzung, daß sie älter als letztere sind. Um schließlich noch ein Beispiel für eine dreifache Verschiedenheit beizubringen, so setzen wir den Fall, daß die Fideicommißprätendenten sind ein Vetter des Vorbesitzers, welcher von dem dritten Sohn des ersten Besitzers abstammt, der Sohn eines Vetters, der vom zweiten Sohne abstammt, und der Sohn eines vom vierten Sohne herrührenden Vetters. Nehmen wir hierbei an, daß der zuletzt genannte Prätendent an Jahren der älteste ist, so ist nach dem Seniorat eben dieser successionsberechtigt, nach dem Majorat der Vetter des Besitzers, nach der Primogenitur der Sohn des der zweiten Linie angehörenden Vetters.

Jede Individualsuccession beruht nach gemeinem Recht auf dem Willen des Stifters. Unter den genannten drei Successionsarten steht ihm die freie Wahl zu, aber er ist auf diese nicht einmal beschränkt, sondern kann eine von denselben abweichende einführen. Auf alle hierbei denkbaren Anordnungen einzugehen, würde zwecklos sein. Nur mit den besonderen Arten des Majorats im weiteren Sinne müssen wir uns etwas eingehender beschäftigen, welche auf einer Combination von Grundsätzen der betrachteten Arten beruhen und welche man als gemischte oder unregelmäßige Seniorate, Majorate und Primogenituren bezeichnet hat[77]).

Von diesen werden diejenigen, welche auf einer Verbindung des Majorats im engeren Sinne und einer der anderen beiden in Rede stehenden Successionsarten beruhen, auch unter den Ausdruck eines gemischten Majorats zusammengefaßt[78]). Ein solches gemischtes Majorat ist nun entweder eine Verbindung

---

[77]) Runde, Beiträge I S. 353 f.

[78]) Solms l. c. § 17. Runde, deutsches Privatrecht § 667. Eichhorn a. a. O. § 370 N. II. Salza a. a. O. S. 143 ff.

von Majorat und Primogenitur, oder von Majorat und Seniorat, oder von Majorat, Seniorat und Primogenitur.

Was zunächst die Combinirung von Majorat und Primogenitur betrifft, so kann diese darin bestehen, daß innerhalb der einzelnen Linien stets die Primogenitur maßgebend ist, daß jedoch nach dem Aussterben einer Linie das Fideicommiß nicht an die nächst jüngere Linie gelangt, sondern nach den Regeln des Majorats an das Familienglied, welches mit dem verstorbenen Besitzer am nächsten verwandt ist; und wenn mehrere in demselben Grade stehen, an das älteste von diesen. Natürlich wird dasselbe in der Descendenz eben dieses wieder nach den Grundsätzen der Primogenitur vererbt. Weiter kann die Primogenitur maßgebend sein für die Aufeinanderfolge der Linien, innerhalb der einzelnen Linie nach den Grundsätzen des Majorats succedirt werden. Endlich können die beiden Successionsarten auch in der Weise verbunden sein, daß die Primogenitur nur für die Descendenz des erstgeborenen Sohnes des ersten Besitzers vorgeschrieben ist, nach deren Aussterben die Primogenitur vollständig in ein Majorat übergeht d. h. zunächst für die Succession in das Fideicommiß entscheidend ist die Nähe der Verwandtschaft zum letzten Besitzer und unter gleich Nahen das höhere Alter, und daß diese Grundsätze auch für alle späteren Successionsfälle maßgebend bleiben.

Die Verbindung von Majorat und Seniorat findet in folgender Weise Statt. Das Fideicommiß erhält zuerst der älteste Sohn des ersten Besitzers, alsdann geht es auf die Descendenz desselben über, in welcher es nach den Principien des Majorats übertragen wird; nach dem Aussterben dieser Descendenz aber gelangt es an den Aeltesten der Familie und dessen Nachkommenschaft, für welche wieder das Majorat maßgebend ist; und dasselbe findet bei dem Aussterben dieser Linie und aller folgenden Statt. Man kann also sagen, daß bei dieser Successionsart das Seniorat in so fern zur Anwendung kommt, als hier zunächst nach Linien geerbt wird, welche immer von dem bei dem Aussterben der vorigen Linie vorhandenen Aeltesten der ganzen Familie ausgehen, das Majorat in so fern als innerhalb dieser Linien die Gradesnähe und unter gleich Nahen das höhere Alter entscheidet.

Die Combinirung von Majorat, Seniorat und Primogenitur erscheint in folgender Gestalt. Bei dem ersten Successionsfall d. h. nach dem Tode des ersten Besitzers wird unbedingt das Erstgeburtsrecht zur Anwendung gebracht. Unter den Descendenten des auf diese Weise zum Besitze des Fideicommisses gelangten Familiengliedes wird jedoch nach den Regeln des Majorats succedirt. Nach dem Aussterben dieser Linie macht sich das Seniorat in so fern geltend, als der Aelteste der ganzen Familie zur Succession berufen wird, für dessen Descendenten wieder die Grundsätze des Majorats maßgebend sind. Ebenso wird nach dem Aussterben dieser Linie verfahren. Eine andere Form unterscheidet sich von der eben betrachteten nur dadurch, daß nach dem Aussterben einer Linie nicht schlechtweg der Aelteste der ganzen Familie zur Suc-

cession gelangt, sondern auch hier zunächst auf das Alter der Linien gesehen wird und erst innerhalb der ältesten Linie das höhere Alter der zu derselben gehörigen Familienmitglieder das Entscheidende ist, ohne daß dabei darauf gesehen wird, ob dieses älteste Mitglied der Linie auch der ältesten Unterlinie angehört.

Außer diesem gemischten Majorat in seinen verschiedenen Gestalten giebt es noch eine zusammengesetzte Successionsart, welche aus einer Combinirung von Seniorat und Primogenitur entstanden ist. Hier succedirt jedesmal der Aelteste, nicht der ganzen Familie sondern der älteren d. h. von dem älteren Sohne des ersten Besitzers ausgehenden Linie, wobei also wieder das Alter der Unterlinien irrelevant ist[79]).

Eine Modification kann das Majorat im weiteren Sinne durch das bereits berührte, vom Stifter ausdrücklich dem jedesmaligen Besitzer verliehene Wahlrecht erleiden. Hierbei muß der Stifter eine der in Rede stehenden Successionsarten angeordnet haben, aber so, daß dieselbe durch den Vorbesitzer abgeändert werden kann. Dahin gehört die Anordnung: in das Fideicommiß soll nach den Principien eines Seniorats succedirt werden, allein dem Besitzer steht das Recht zu, an Stelle des ältesten Familiengliedes irgend ein anderes zu wählen. Oder es ist ein Majorat festgesetzt, aber dem jedesmaligen Besitzer die Befugniß eingeräumt, aus der Zahl seiner Söhne oder auch der in demselben Grade überhaupt stehenden nächsten Verwandten den Nachfolger sich auszuwählen. Oder es ist die Primogenitur eingeführt, so jedoch, daß es dem Besitzer freigestellt ist, aus der Zahl seiner Söhne an Stelle des erstgeborenen einem jüngeren das Fideicommiß zuzuwenden; wie demselben das gleiche Recht auch den anderen Fideicommißprätendenten gegenüber gegeben sein kann, so daß er aus der erstgeborenen engsten Unterlinie der erstgeborenen Hauptlinie an Stelle des Erstgeborenen auch einen Anderen zum Successor für das Fideicommiß wählen darf. Runde[80]), welcher der durch das Wahlrecht des jedesmaligen Besitzers modificirten Primogenitur eine eigene Abhandlung gewidmet hat, redet von der Statthaftigkeit dieses Wahlrechts nur bei Majoraten und Primogenituren, und auch hierbei nur von dem, welches dem Vorbesitzer seinen

---

[79]) Von dieser Successionsart kamen nach Stryck (l. c. VII c. 1 § 19), welcher dieselbe primogenitura maioratui (das ist nach Stryck mit Seniorat identisch) iuncta nennt, seiner Zeit in Schlesien viele Beispiele vor. Ein solches findet sich auch bei Luenig, corp. iur. feudalis II Col. 378 f.

[80]) Von einer besonderen Modification der Primogenitur-Ordnung; nach welcher auch der Vater unter mehreren Söhnen einen zum Nachfolger erwählen kann; in seinen Beiträgen S. 350 ff. Er führt auch drei Familienfideicommisse auf, bei denen dieses Wahlrecht durch die Stiftungsurkunde dem jedesmaligen Besitzer eingeräumt ist (S. 354—362); doch bemerkt er zugleich, daß derartige Anordnungen nicht häufig wären (S. 362).

Kindern gegenüber gegeben ist[81]). In Wahrheit wird auch ein solches, wenn schon die Möglichkeit in allen oben angegebenen sich nicht bestreiten läßt, sich nur in diesen Fällen finden, denn auf die Erreichung des einer solchen Anordnung zu Grunde liegenden Zwecks, immer nur den zur Succession zu lassen, der voraussichtlich am besten den Intentionen des Stifters entspricht, läßt sich mit einiger Sicherheit nur dann rechnen, wenn das Wahlrecht dem Besitzer seinen Kindern gegenüber gegeben ist.

Von den Arten einer Individualsuccession, bei denen das niedere Alter entscheidend, den Minoraten im weiteren Sinne, wird das Juniorat aufgefaßt, als das Umgekehrte eines Seniorats, wobei das Fideicommiß allemal an den Jüngsten aus der ganzen Familie fällt. Eben so wenig, wie auf die Linie kommt es hier natürlich auf die Nähe der Verwandtschaft zum letzten Besitzer an. Bei einem Minorat im engeren Sinne bringt man die entgegengesetzten Grundsätze zur Anwendung, wie bei einem Majorat. Auch hier wird zunächst für maßgebend gehalten der Grad der Verwandtschaft, und zwar in Ermangelung einer besonderen Bestimmung mit Rücksicht auf den letzten Besitzer, und unter gleich nahen Verwandten giebt das Alter den Ausschlag. Allein es gewährt hier nicht der nächste Grad den Vorzug, sondern der entfernteste, und nicht das höchste Alter sondern das niedrigste. Endlich wird unter Ultimogenitur die Successionsart verstanden, bei welcher stets die jüngere Linie die ältere ausschließt, und aus der jüngsten Linie der Jüngste zur Succession gelangt.

Diese drei Arten des Minorats im weiteren Sinne werden von Wildner[82]) und nach diesem von Salza[83]) aufgeführt. Eichhorn[84]) und Beseler[85]) leugnen das Vorkommen des Minorats bei Familienfideicommissen überhaupt. Andere Juristen, wie Hillebrand[86]), Gerber[87]), Walter[88]) reden nur von einer Art des Minorats, nämlich dem Minorat im engeren Sinne. Gengler[89]) erkennt zwei Formen an, das Minorat im engeren Sinne und das Juniorat. Daß nun die drei angegebenen Arten des Minorats, ja auch dieselben Mischformen, wie bei den Majoraten und selbst aus Majorat und Minorat combinirte Gestalten (z. B. Succession des Jüngsten aus der erstgeborenen Linie) überall da, wo der Stifter in der Wahl der Successionsart nicht beschränkt ist, bei den Familienfideicommissen vorkommen können, läßt sich nicht bestreiten. Im Oesterreichischen Gesetzbuch[90]) ist dies auch geradezu

---

81) A. a. O. S. 354.

82) A. a. O. S. 7 f. S. 159. 166. 168 f.

83) A. a. O. S. 124 f.

84) A. a. O. § 370 Note d.

85) A. a. O. § 176 N. VIIa; vgl. § 172 a. Anf.

86) A. a. O. § 206. Er gebraucht übrigens den Ausdruck Juniorat mit Minorat im engeren Sinne identisch.

87) A. a. O. § 275. 88) A. a. O. § 473.

89) A. a. O. Anm. zu § 230. 90) A. B. G. B. § 622.

anerkannt. Zwar erwähnt dasselbe speciell nur zwei Arten, das Juniora Berufung des „Jüngsten aus allen Linien") und ein aus Primogenitur und Ultimogenitur gemischtes Minorat (Berufung des „letzt Nachgeborenen aus der älteren Linie"); allein daß dies nur Beispiele, und nicht die einzigen Arten des Minorats, welche das Gesetzbuch zuläßt, sind, ergiebt sich aus dem allgemeinen Satz: „Der Stifter kann auch die Ordnung der Erbfolge ganz umkehren"; welcher, da er sich auf die im Vorangegangenen[91]) angegebenen drei Arten eines Majorats im weiteren Sinne, Seniorat, Majorat im engeren Sinne und Primogenitur bezieht, nothwendiger Weise von der Möglichkeit zu verstehen ist, die diesen drei Formen entgegengesetzten einzuführen. Das Preußische Landrecht erkennt nur eine Art des Minorats an, jedoch nicht das reine Minorat im engeren Sinne, sondern ein aus Minorat und Majorat gemischtes, wonach der nähere Grad vorgeht, aber unter mehreren in demselben Verwandtschaftsgrade stehenden Anwärtern der jüngste zur Succession gelangt[92]). Allein, wenn auch die Möglichkeit des Minorats nicht in Abrede gestellt, ja von der Gesetzgebung entweder ganz allgemein oder doch in einer bestimmten Gestalt anerkannt worden ist, so läßt sich doch auch nicht verkennen, daß ein solches kaum anders als in Folge einer seltsamen Laune eines Fideicommißstifters angeordnet werden kann, denn es läßt sich in der That kein vernünftiger Grund dafür angeben, daß immer der zur Succession gelangen soll, bei dem möglichst lange das Fideicommißvermögen unter vormundschaftlicher Verwaltung steht. Diese Folge tritt nämlich auch bei den aus Majorat und Minorat gemischten Formen ein. Bei dem Minorat im engeren Sinne kommt noch hinzu, daß die verwandtschaftlichen Beziehungen des Successors zum Vorbesitzer möglichst gering sind. Salza führt als Zweck eines Minorats den an, die Güter in zwei getrennten Linien oder bei verschiedenen Gliedern der Familie zu erhalten, und dadurch das bei der Primogenitur oder dem Majorate zu besorgende Aussterben des Geschlechts abzuwenden, indem auch die Nachgebornen Mittel erhielten, sich standesmäßig zu verehlichen[93]). Allein dieser

---

[91]) A. B. G. B. § 619.

[92]) § 146 A. L. R. II, 4: „Ist die Succession zwar ebenfalls nach der Nähe des Grades, jedoch dergestalt angeordnet, daß unter mehrern gleich nahen der jüngere den ältern ausschließt: so wird ein solches Fideicommiß ein Minorat genannt".

[93]) A. a. O. S. 125 Note *. Salza schließt sich an Cramer an. Dieser sagt in seiner Abhandlung de minoratu (opuscula I n. 9) § 12 (Scholion): Atque ex his intelligitur, cur minoratus familiae conservationi et splendori inserviat. Sic enim non est, cur ultrageniti matrimonium inire detractent, quemadmodum solo iure primogeniturae in familia introducto ob defectum bonorum ad alendam uxorem cum liberis sufficientium saepe contingit –. Quo plures vero in familia nubendi conditionem inveniunt, eo probabiliorem familiae conservationem esse per se patet. Allein in dieser Abhandlung ist

Zweck läßt sich auch durch Errichtung eines Fideicommisses für die zweitgeborene oder drittgeborene Linie (einer Secundogenitur oder Tertiogenitur) oder den dem Grade nach zweiten oder dritten in derselben Weise erreichen, ohne daß hierdurch jene Eigenthümlichkeiten und Unzuträglichkeiten, wie sie bei den Minoraten vorkommen, hervorgerufen werden. Häufigerer Gebrauch wird denn auch von diesen Successionsarten nicht gemacht.

Selbstverständlich ist es, daß bei einem Minorat das geringere Alter

---

gar nicht die Rede von dem eigentlichen Minorat (im engeren oder weiteren Sinne), welches uns hier beschäftigt, sondern einem für eine jüngere Linie gestifteten Familienfideicommiß und zwar einer Secundogenitur und Tertiogenitur. Die allgemeine Erklärung freilich, welche Cramer vom Minorat giebt (§ 8): minoratus ordo succedendi dicitur, vi cuius inter plures collaterales natu minor continuo succedit, läßt sich auf das Minorat beziehen; sie ist aber auch für die Secundogenitur und Tertiogenitur nicht falsch, und daß Cramer von diesen handelt, ergiebt sich aus dem, was er über die bei diesem von ihm s. g. Minorat stattfindende Succession ausführt. Er sagt nämlich im § 27: Quoniam itaque in casu, quo minoratus locum obtinuit, diversae rursus exortae sunt lineae, inter quas bona divisa; quamdiu istae superstites sunt, in bonis vi minoratus alicui delatis dein successio fit secundum ordinem primogeniturae. Die Bemerkungen des § 28: Cum adeo quilibet in bonis minoratus succedat, vel tanquam remotior, vel tanquam natu maior alicuius lineae ad quam successio semel devoluta u. s. w. und des § 26: In bonis minoratus quoad delationem ordo eius, secundum quem vi primogeniturae succeditur, inversus observandus est; lassen sich allerdings nicht von einer einfachen Secundogenitur und Tertiogenitur verstehen, auf der anderen Seite dürfen sie uns aber nicht veranlassen, ein mit Primogenitur gemischtes Minorat anzunehmen; sie sind vielmehr lediglich hervorgerufen durch den practischen Fall, welcher dieser Abhandlung zu Grunde lag. Es war dies die Fideicommißstiftung des Bischofs Balthasar von Breslau vom Jahre 1561. Durch diese waren zwei gesonderte Primogenituren begründet. Die erstere zu Gunsten eines Vetters des Stifters Seiffridt von Promnitz aus dem Hause Alt-Waichau und seiner Descendenz; das zweite für einen anderen Vetter desselben, Stenzel von Promnitz und Leſſendorff und dessen Descendenz. Für den Fall des Aussterbens der zuerst genannten Familie war bestimmt, daß das Fideicommiß an die Familie des jüngsten Bruders des Stenzel von Promnitz, Caspar von Promnitz, und für den Fall des Aussterbens der Familie des Stenzel, daß das für dieselbe bestimmte Fideicommiß an die Familie des älteren Bruders des Stenzel, Carl von Promnitz fallen sollte. Der Familie des Caspar war wieder für den Fall ihres Aussterbens die des Carl, und der des Carl die des Caspar substituirt. (Vgl. l. c. § 12 und ferner Cramer's weitere Ausführung des denen höchsten Fürstlich und Gräflichen Häusern so vortheilhaften Minorats — supplementum opusculorum n. 12 — wo derselbe den gedachten Fall — durch Anmerkungen zu einem darüber von Heineccius abgegebenen Reponsum nochmals erörtert; besonders das hier abgedruckte Testament des Bischofs Balthasar). Bei einem derartigen Fall ist man aber eben

lediglich entscheidend ist für die Succession, nicht aber für den Besitz der Fideicommißgüter, wie dies das Preußische Landrecht noch besonders hervorgehoben hat[94]).

Ganz wir im Güterrecht des hohen Adels kommen auch bei den Familienfideicommissen zuweilen Secundogenituren, Tertiogenituren und Quartogenituren (? nach Dalwigk) vor. Der bei Errichtung solcher obwaltende Zweck ist nicht sowohl der, den von der Succession in das Hauptfideicommiß ausgeschlossenen Familiengliedern eine Versorgung zu gewähren[95]) (hierzu wäre das geeignete Mittel eine Familienstiftung, welche freilich auch zuweilen mit einem Familienfideicommiß verbunden), sondern derselbe, welcher durch die Errichtung von Familienfideicommissen überhaupt erreicht werden soll, Erhaltung des Ansehens und Glanzes der Familie. Es soll nämlich dadurch mehr Mitgliedern der Familie, als dies bei einem einzigen für dieselbe errichteten Fideicommiß mit den vom Stifter gewährten Mitteln möglich wäre, die Gelegenheit gegeben werden, eine standesgemäße Ehe einzugehen, und so das frühe Aussterben der Familie verhindert werden[96]).

Die Secundogenitur (und dasselbe gilt von der Tertiogenitur und, wenn solche überhaupt vorkommen sollte, der Quartogenitur) ist nichts anderes als eine zweite für dieselbe Familie, für welche bereits das Hauptfideicommiß gestiftet ist, aber für eine andere, jüngere, Linie derselben errichtete Primogenitur[97]). Hinsichtlich der Succession in ein solches Fideicommiß, so lange die

---

so wenig berechtigt von einem eigentlichen Minorat zu sprechen, als bei einem von Hause aus zu Gunsten der zweiten oder dritten Linie einer Familie gegründeten Fideicommiß; in dem einen, wie in dem anderen Falle liegt eine Secundogenitur oder Tertiogenitur vor. So sind auch diese Cramerschen Abhandlungen von Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 1 u. 2 N. 4) und Eichhorn (a. a. O. § 370 Note d) verstanden worden.

[94]) § 204 A. L. R. II, 4: „Wenn also auch in einem Minorate derjenige, welcher bei dem Ableben des letzten Besitzers der Jüngste war, das Fideicommiß einmal erhalten hat; und in der Folge ein noch Jüngerer geboren wird, so kann doch dieser letztere die bereits erworbenen Gerechtsame des nunmehrigen Besitzers nicht weiter anfechten". Wer aber unter den vorhandenen Familiengliedern zu verstehen, das giebt § 205 an: „Doch werden in der ganzen Fideicommißsuccession diejenigen, welche innerhalb des Dreihundert und Zweiten Tages nach dem Ableben des letzten Besitzers zur Welt kommen, dafür, daß sie in dem Zeitpunkte der eröffneten Succession schon vorhanden gewesen, angesehen".

[95]) Das ist die Ansicht von Bluntschli, deutsches Privatrecht § 205 N. 5. Gengler a. a. O. Anm. zu § 230. Auch Beseler a. a. O. § 176 Note 33 scheint die Sache so aufzufassen.

[96]) Cramer, de minoratu § 12 (s. Note 93). Dalwigk a. a. O. S. 53 f. Salza a. a. O. S. 133.

[97]) So faßt die Secundogenitur bereits Kreittmayr (a. a. O. III C. 10

Linie, für welche dasselbe zunächst bestimmt ist, existirt, sind daher keine besonderen Regeln nothwendig; es sind dieselben, welche für das im Besitz der erstgeborenen Linie befindliche Fideicommiß maßgebend sind, die Grundsätze des Erstgeburtsrechts[98]). Hierfür finden sich daher in den neueren Particularrechten, welche auch auf dieses Institut eingehen, keine besonderen Vorschriften. Ist jedoch diese Linie erloschen, so fragt es sich, was dann aus der Secundogenitur wird, ob die Güter in der Hand des letzten Besitzers sich in freies Allod desselben verwandeln, oder mit dem Hauptfideicommiß vereinigt werden, und somit an die erstgeborene Linie gelangen, oder endlich einer noch jüngeren Linie zufallen.

Dürften wir die Ansicht für richtig halten, wonach die Secundogenitur zur Versorgung für die Familienglieder dienen soll, für welche sie bestimmt ist, so könnten wir die erste oder auch die zweite Möglichkeit annehmen. Da dies aber nicht der Fall, so müssen wir uns für den Uebergang der der Secundogenitur gewidmeten Güter an die nächstjüngere Linie entscheiden, es müßte denn sein, daß der Stifter selbst anderweitige Anordnungen in der Stiftungsurkunde getroffen hätte. Zweck der Secundogenitur ist, die Erhaltung der Familie dadurch zu sichern, daß möglichst vielen Personen Gelegenheit zur Eingehung standesgemäßer Ehen gegeben wird. Daraus folgt, daß so lange noch andere Familienglieder da sind, beide oder die mehreren Fideicommisse niemals in einer Hand vereinigt sein dürfen, ja der Intention des Stifters gemäß, der jenen Zweck durch Dotirung verschiedener Linien erreichen wollte, so lange noch verschiedene Hauptlinien vorhanden, nicht einmal in einer Linie[99]). Dies ist auch durch die neueren Particularrechte, nämlich das Preußische Landrecht[100]), das Oesterreichische Gesetzbuch[101]), das Bayerische Edict

---

§ 1 u. 2 N.) auf. Er sagt: „Oefter werden in einem Haus oder Geschlecht mehr Primogeniturae intuitu diversorum bonorum aut terrarum errichtet".

[98]) So auch Cramer (l. c. §§ 27. 28 — s. Note 93 —). Dalwigk a. a. O. S. 54. Salza a. a. O. S. 133.

[99]) So sagt schon Cramer (l. c. § 9 sq.). Ebenso Salza (a. a. O. S. 134).

[100]) § 166 A. L. R. II, 4: „Hat aber der Stifter Zwei oder mehrere Fideicommisse, eines für die erstgeborne, und die andern zum Besten der nachgebornen Linien errichtet: so gelangen die Descendenten des Stifters aus der ersten Linie in dem Zweiten Fideicommisse niemals zur Succession, so lange noch ein anderer von den Stiftern entsprossener Mannsstamm vorhanden ist". In diesem Paragraphen ist der Plural: „von den Stiftern" falsch. S. auch Koch, Kommentar zum L. R. § 166 II, 4 Anm. 9. Uebrigens war bei dieser Bestimmung nicht nur leitend die Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Stifters, sondern auch auf das allgemeine Wohl. Mit Rücksicht auf dieses glaubte man verhindern zu müssen, daß eine zu große Vermögensmasse, welche unter Mehrere getheilt mehr Nutzen stifte, in eine Hand komme. Vgl. Koch a. a. O. Anm. 8.

[101]) A. B. G. B. § 625: „Hat Jemand nebst dem Fideicommisse für die

über die Familien-Fideicommisse[102]) und das Braunschweigische Gesetz über die Errichtung von Familien-Stammgütern vom 20. Mai 1858[103]) angeordnet worden.

Die Secundogenitur geht daher über auf die dritte Linie, und wenn von dieser kein Descendent mehr vorhanden ist, an die vierte u. s. f., in deren jeder sie wieder nach den Grundsätzen der Primogenitur vererbt wird[104]). Ebenso fällt dieselbe nach dem Aussterben der dritten Linie, wenn sie an diese gekommen war, an die vierte Linie, und in gleicher Weise wird nach dem Aussterben dieser und dem der folgenden Linien verfahren[105]). Hierbei macht es auch keinen Unterschied, wenn in der erstgeborenen Linie Unterlinien vorhanden, welche nicht im Besitz des Hauptfideicommisses sind[106]). Dagegen ist

---

erstgeborne Linie ein zweytes, oder mehrere Fideicommisse für die nachgebornen Linien errichtet, so gelanget der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft erst dann zum Besitze eines anderen Fideicommisses, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommisse berufenen Nachkömmlinge vorhanden sind, und die Fideicommisse bleiben nur so lange in Einer Person vereiniget, bis wieder zwey oder mehrere Linien entstehen".

[102]) Edict § 86: „Sind in einer Familie, nebst dem Fideicommisse für die erstgebohrne Linie, noch eines oder mehrere für die nachgebohrnen Linien errichtet, so gelangt der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft erst dann zum Besitze eines andern Fideicommisses, wenn in den übrigen Linien keine zu dem Fideicommisse berufenen Nachkommen vorhanden sind. Solche Fideicommisse bleiben nur so lange in einer Person vereiniget, bis wieder zwey oder mehrere Linien entstehen, so ferne von dem ersten Constituenten nicht eine andere Disposition getroffen worden".

[103]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 6: — „Sind mehrere Stammgüter in einer Hand vereinigt, so sollen dieselben bei dem nächsten Erbanfalle, bei welchem mehrere zugleich zur Nachfolge Berufene vorhanden sind, wieder getrennt werden, und der Erstgeborne nur eins dieser Güter, jedoch nach seiner Wahl, das zweite der Zunächstgeborne mit gleichem Wahlrecht u. s. w. erhalten, und übersteigt die Zahl der nachgelassenen Stammgüter die der zugleich Berufenen, so findet unter ihnen ein ferneres Wahlrecht nach Maßgabe des vorbezeichneten Turnus statt. Von dieser Bestimmung können Ausnahmen nur mit Landesherrlicher Genehmigung und unter Zustimmung der Betheiligten stattfinden". Eine reine Secundogenitur liegt hier allerdings nicht vor.

[104]) So auch Dalwigk a. a. O. III S. 54. Salza a. a. O. S. 134. Ebenso das Preußische Landrecht § 167 II, 4: „Geht die zweite männliche Linie aus; oder gelangt dieselbe, durch Erlöschung der ältern, zur Succession in dem Ersten Fideicommisse: so verfällt das Zweite an die von dem Dritten Sohne des Stifters abstammende Linie".

[105]) So auch § 108 Pr. A. L. R. II, 4: „Nach gleichen Grundsätzen geht die Succession auf die Vierte und folgende von dem Stifter entsprossenen Linien, in so fern dergleichen noch vorhanden sind".

[106]) Die von Wildner (a. a. O. S. 162 f.) für das österreichische Recht auf-

eine abweichende Entscheidung für den Fall zu treffen, wenn in der Familie eine Tertiogenitur besteht, und somit auch die dritte Linie im Besitze eines Fideicommisses ist. Alsdann kann nach dem Aussterben der zweitgeborenen Linie das Fideicommiß nicht an die dritte, sondern muß an die etwa vorhandene vierte Linie fallen. Ist dagegen keine vierte und überhaupt keine Linie da, in welcher sich kein Fideicommiß befindet, so enthält das Preußische Landrecht die Vorschrift, daß das Fideicommiß alsdann an die erstgeborene Linie fallen soll, und zwar in derselben Weise, als wenn diese Linie allein noch vorhanden wäre[107]). Diese Bestimmung wird man mit Rücksicht darauf, daß bei der Errichtung von Primogenituren stets der älteren Linie der Vorzug gegeben wird, auch für das gemeine Recht als maßgebend hinstellen können, wenn es nicht etwa der Absicht des Stifters, der eben verschiedene Linien im Besitz von Fideicommissen sehen wollte, mehr entsprechen dürfte, diejenige Linie vorzuziehen, in welcher sich Unterlinien oder in deren Ermangelung Personen, die nicht zugleich Descendenten eines Besitzers, ohne Fideicommiß befänden, und erst unter den gleichen Voraussetzungen das Alter der Linie entscheiden zu lassen. Sind bei dem Aussterben der zweiten Linie andere Linien der Fideicommißfamilie, als die erstgeborene, nicht mehr vorhanden, so gelangt das Fideicommiß an diese[108]), jedoch in der Weise, daß, wenn in dieser Linie außer der im Besitz der Primogenitur befindlichen Unterlinie noch

gestellte Behauptung, daß in solchem Fall die Secundogenitur an die nichtbesitzende Unterlinie der erstgeborenen Hauptlinie falle, steht mit dem klaren Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 625) im Widerspruch; denn, wenn es hier heißt, der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Nachkommenschaft gelangt erst nach dem Aussterben der übrigen Linien zum Besitze eines anderen Fideicommisses, so kann doch unter dem Besitzer des ersten Fideicommisses nicht der jeweilige, sondern nur der erste Besitzer verstanden werden.

[107]) § 176 A. L. R. II, 4: „Hat der Stifter jeder von ihm abstammenden Linie ein Fideicommiß hinterlassen: so gelangt, wenn eine dieser Linien erlöscht, das für sie gestiftete Fideicommiß an die erstgeborne, oder wenn auch diese schon erloschen ist, an diejenige Linie, die sich nach ihr der Erstgeburt am nächsten zieht". § 177: „Besteht diese Linie aus mehreren Unterlinien: so finden auch alsdann die Vorschriften § 170. 171 Anwendung".

[108]) Dalwigk a. a. O. S. 55. Salza a. a. O. S. 134. Hillebrand a. a. O. § 206. Gengler a. a. O. Anm. zu § 230. Ebenso § 169 Pr. A. L. R. II, 4: „Sind zuletzt alle von dem Stifter herstammende Linien bis auf Eine erloschen: so kommen zwar in dieser beide Fideicommisse zusammen". Das ist auch wahrscheinlich der Sinn der Bestimmung des Oesterr. A. B. G. B. § 625 (s. Note 101) und des diesem hier nachgebildeten Bayer. Edicts über die Familien-Fideicommisse § 86 (s. Note 102). Vgl. über das österreichische Recht Wildner a. a. O. S. 161 ff. Die Fassung beider Gesetze ist indeß so mangelhaft, daß Zweifel darüber entstehen können, ob die Secundogenitur an die erstgeborene Linie bereits dann fallen soll, wenn die zweitgeborene Linie, oder erst, wenn auch die sämmtlichen übrigen Linien ausgestorben sind.

eine andere vorhanden ist, die Secundogenitur an diese letztere (sind deren mehrere, an die älteste) fällt[109]), wenn dies jedoch nicht der Fall, der Besitzer der Primogenitur zwar auch die Secundogenitur erhält[110]), beide aber nur so lange in einer Hand vereinigt bleiben, bis sich wieder zwei Unterlinien gebildet haben[111]), so daß also bereits nach dem Tode dieses Besitzers die beiden Fideicommisse getrennt werden, wenn derselbe zwei Söhne hinterlassen hat, und zwar so, daß der zweitgeborene Sohn die Secundogenitur erhält[112]). Hinsichtlich der Schicksale der Tertiogenitur nach dem Aussterben der dritten Linie ist ganz dasselbe zu sagen, was in Betreff der Secundogenitur bemerkt ist. Ist keine vierte oder spätere Linie, in der sich noch kein Fideicommiß befindet, vorhanden, so fällt die Tertiogenitur an die erstgeborene Linie, wenn man nicht die Modification, welche ich als möglich hinstellte, für richtig halten will[113]).

Es bleibt noch die Frage zu erörtern übrig, welchen Einfluß das Aussterben der erstgeborenen Linie auf die Secundogenitur und Tertiogenitur hat. Hierdurch nämlich kommt das Fideicommiß der ersten Linie an die zweite,

---

[109]) § 170 Pr. A. L. R. II, 4: „Sind aber in dieser Linie noch Zwei oder mehrere Nebenäste vorhanden: so fällt das Zweite Fideicommiß an denjenigen Ast, welcher nicht im Besitze des Ersten, jedoch zur Succession in selbiges, nach den Grundsätzen der Primogenitur am nächsten ist". Diese Anordnung muß man, als dem Willen des Stifters vollkommen gemäß auch für das gemeine Recht annehmen. So auch Dalwigk, Salza, Hillebrand. Auf das preußische Recht scheint jedoch Gengler den Satz beschränken zu wollen. Innerhalb dieser Linie entscheidet natürlich über den Erwerb der Secundogenitur das Erstgeburtsrecht: § 171 A. L. R. II, 4: „Dasjenige Mitglied dieses Nebenastes gelangt zur Succession, welches sich unter den übrigen der Erstgeburt im Verhältniß gegen den Stifter, am nächsten zieht". Statt „Stifter" wäre hier wohl richtiger „erster Besitzer der Primogenitur" zu sagen.

[110]) § 172 Pr. A. L. R. II, 4: „Sind in der noch übrigen Linie keine weitere Abkömmlinge des Stifters mehr vorhanden, als der Besitzer des ersten Fideicommisses und dessen Descendenz: so erhält dieser beide Fideicommisse".

[111]) § 173 Pr. A. L. R. II, 4: „Sie bleiben alsdann so lange bei einander, bis wiederum Zwei oder mehrere Linien entstehen". Oesterr. A. B. G. B. § 625. Bayer. Edict über die Familien-Fideicommisse § 86.

[112]) § 174 Pr. A. L. R. II, 4: „Geschieht dieses: so bleibt das Erste Fideicommiß bei der erstgebornen Linie, und das Zweite verfällt auf die Zweite nach ihr".

[113]) § 175 Pr. A. L. R. II, 4: „Nach eben diesen Grundsätzen ist die Successionsordnung zu bestimmen, wenn in einer Familie Drei oder mehrere von eben demselben Stifter herrührende Fideicommisse vorhanden sind". Für das österreichische Recht vgl. Wildner a. a. O. S. 163. Für irrig ist unbedingt die Behauptung Cramer's (l. c. § 26) zu halten, daß in jedem Fall die Tertiogenitur zuerst an die zweitgeborene Linie und erst bei dem Nichtvorhandensein von Mitgliedern aus dieser an die erstgeborene Linie falle. In der bereits erwähnten, seiner Abhandlung zu Grunde liegenden Fideicommißstiftung war dies allerdings an-

und es fragt sich, ob in dieser jetzt die beiden Fideicommisse vereinigt werden, oder die Secundogenitur an die dritte Linie fällt. Nach dem, was über die Intention des Stifters bei Errichtung von Secundogenituren und Tertiogenituren gesagt, ist unbedingt das letztere anzunehmen[114]), und hat der Besitzer der Secundogenitur diese aufzugeben, wenn ihm die Primogenitur zufällt[115]). Ist in der dritten Linie eine Tertiogenitur, so fällt diese an die vierte. Ist jedoch keine Linie ohne Fideicommiß vorhanden, dann würde nach dem, was über das Schicksal der Secundogenitur nach dem Aussterben der zweitgeborenen Linie, wenn andere Linien ohne Fideicommiß nicht vorhanden, gesagt ist, die zweitgeborene, jetzt älteste Linie die Primogenitur mit der Secundogenitur vereinigen; wie das Gleiche alsdann eintritt, wenn bei dem Aussterben der erstgeborenen Linie nur die zweite noch vorhanden. In beiden Fällen ist rücksichtlich des Besitzes dieser beiden Fideicommisse in der zweiten Linie dasselbe zu sagen, was oben über den Besitz zweier Fideicommisse in der erstgeborenen Familie bemerkt wurde.

Die Secundogenitur kann ihrem Wesen nach sich nur in einer Familie finden, für welche ein Fideicommiß, das nach den Grundsätzen der Primogenitur vererbt wird, besteht, nicht aber in einer solchen, für welche ein nach den Regeln des Majorats, Seniorats oder der gewöhnlichen Intestaterbfolge zu übertragendes Fideicommiß gegründet ist; denn in diesem Fall läßt sich in der Fideicommiß-Familie mit Rücksicht auf die Succession nicht von verschiedenen Linien reden. Hat aber ein Stifter für eine und dieselbe Familie zwei Fideicommisse errichtet, bei welchen die Succession nach den Grundsätzen des Majorats oder auch des Seniorats oder der Intestaterbfolge erfolgt, so stehen in Ermangelung besonderer Anordnungen des Stifters diese beiden Fideicommisse in gar keiner Verbindung; ein jedes derselben ist gegründet für die Descendenz des Familiengliedes, in dessen Person dasselbe seinen Anfang nehmen soll. Daß diese beiden ersten Besitzer einer Familie angehören, verändert

---

geordnet. Der von Cramer für seine Meinung angeführte Grund, es müsse der Successionsmodus gewählt werden, wodurch die vom Stifter einer Secundogenitur und Tertiogenitur beabsichtigte Verhinderung der Vereinigung der Güter der verschiedenen Fideicommisse in einer Hand am sichersten erreicht würde, bedingt keineswegs einen Vorzug der jüngeren Linie vor der älteren.

[114]) Salza a. a. O. S. 134.

[115]) Das Preußische Landrecht giebt in solchem Fall dem Besitzer die Wahl, ob er das alte Fideicommiß behalten, oder das neue erwerben, dann aber auch das alte aufgeben will: § 178 II, 4: „In allen Fällen, da ein Mitglied der Familie ein nach der Successions-Ordnung auf ihn verfälltes Fideicommiß bloß um deswillen nicht erlangen kann, weil er sich schon im Besitze eines andern befindet, hat derselbe die Wahl: ob er das neu auf ihn verfällte Fideicommiß übernehmen, und dagegen das bisher besessene abgeben wolle". Dieses Wahlrecht aber kann man nach gemeinem Recht m. E. dem Besitzer nicht einräumen.

die Sache nicht, denn die Agnaten des ersten Besitzers sind nach der von mir vertretenen Ansicht niemals als ipso iure in der Fideicommißstiftung begriffen anzusehen. Stirbt die Descendenz des einen oder anderen Familiengliedes aus, so erlischt damit das Fideicommiß, wenn nicht der Stifter für diesen Fall anderweitige Bestimmung getroffen hat. Hat derselbe aber der Descendenz des ersten Besitzers des einen Fideicommisses die des ersten Besitzers des anderen substituirt, so bietet auch dies durchaus nichts Eigenthümliches, welches nicht eben so bei jedem Fideicommiß vorkommen könnte; denn daß die substituirte Familie bereits im Besitz eines anderen Fideicommisses ist, hat an sich durchaus keinen Einfluß auf den Erwerb des zweiten. Substituirte der Stifter den von ihm zunächst zum Besitze dieses Fideicommisses Berufenen keine bestimmten Personen oder keinen bestimmten Zweig aus der von ihm bedachten Familie, sondern beschränkte er sich auf die Bestimmung: dieses Fideicommiß soll auch nach dem Aussterben des an erster Stelle berufenen Zweiges nicht aus der Familie fallen, so ist das als Berufung der Agnaten des ersten Besitzers aufzufassen, und von diesen gelangt in dem in Rede stehenden Falle zur Succession bei einem Majorat der, welcher mit dem letzten Besitzer am nächsten verwandt ist, bei mehreren gleich Nahen der älteste, bei einem Seniorat das älteste Familienmitglied, bei einem nach den Grundsätzen des Intestaterbrechts vererblichen, die nächsten Intestaterben des letzten Besitzers. Hierbei kommt gleichfalls der Umstand, daß dieses Familienglied bereits das erste Fideicommiß inne hat, gar nicht in Betracht. Hat der Stifter für diesen Fall zugleich die Vereinigung beider Fideicommisse in einer Hand verboten, so hat man sich danach zu richten; und ist der zur Succession Nächstberechtigte im Besitz des einen Fideicommisses, so fällt das zweite Fideicommiß an den, welcher nach diesem das nächste Anrecht auf das Fideicommiß hat. Ist nur Einer aus der Familie noch da, der zugleich das erste Fideicommiß besitzt, so erhält er zwar auch das zweite, allein, sowie die Familie aus mehr Mitgliedern besteht, sind die Fideicommisse wieder zu trennen, und zwar in der Weise, daß der Nächstberechtigte das erste Fideicommiß erhält, der nach diesem zur Succession berechtigt wäre, das zweite.

Die neueren Gesetzbücher haben für diesen Fall keine besondere Vorschriften gegeben. Dagegen hat das Preußische Landrecht Bestimmungen für den anderen getroffen, daß durch verschiedene Stifter für dieselbe Familie mehrere Fideicommisse errichtet sind. Hierfür stellt das Landrecht zunächst ((m § 179 II, 4) folgenden ganz correcten Grundsatz auf: „Hat für eine schon mit einem Fideicommiß versehene Familie eine andere, von dem Ersten Stifter verschiedene, Person ein besonderes Fideicommiß errichtet: so wird bei der Successions-Ordnung in dieses auf den Ersten Stifter, und das Verhältniß der Personen und Linien gegen denselben, gar keine Rücksicht genommen". Die weiteren Bestimmungen sind jedoch zum Theil rein positiv. Das Landrecht verordnet nämlich weiter, daß nach dem Aussterben der vom Stifter des zweiten Fideicommisses

berufenen Familienglieder und deren Descendenz dieses, wenn jener bestimmt, daß es auch alsdann in der Familie verbleiben soll, demjenigen Familiengliede zufalle, welches mit dem letzten Besitzer am nächsten verwandt ist[116]), wobei der Umstand nicht in Betracht kommen soll, ob dasselbe zugleich im Besitz des vom ersten Stifter herrührenden Fideicommisses ist[117]). Stehen mehrere in demselben nächsten Verwandtschaftsgrade zu dem letzten Besitzer, so kann dieser unter ihnen den Nachfolger wählen[118]). Macht er von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch, so soll unter denselben das Loos entscheiden[119]). Hat der Stifter des zweiten Fideicommisses die Vereinigung dieses mit dem ersten verboten, so schreibt das Landrecht vor, daß dieses Verbot im Zweifel von der Vereinigung in derselben Person, nicht aber in derselben Linie zu verstehen sei[120]). Es soll daher in diesem Fall an Stelle des nächsten Verwandten, wenn dieser im Besitz des ersten Fideicommisses ist, der nächste nach ihm das vom zweiten Stifter errichtete erhalten[121]). Ist dagegen nur noch ein Mitglied in der ganzen Familie vorhanden, so läßt das Landrecht die von ihm für den gleichen Fall bei Anordnung einer Secundogenitur oder Tertiogenitur gegebenen Bestimmungen zur Anwendung kommen[122]). Positiv ist von die-

116) § 180 A. L. R. II, 4: „Sind also die von dem Zweiten Stifter zur Succession berufenen Linien erloschen, und es soll, seiner Verordnung zu Folge, das Fideicommiß dennoch bei der Familie bleiben: so kommt in dasselbe dasjenige Familienmitglied zur Succession, welches dem letzten Besitzer aus den von dem Zweiten Stifter berufenen Linien dem Grade nach am nächsten ist".

117) § 181 A. L. R. II, 4: „Dabei macht es keinen Unterschied, wenn auch das hiernach zur Succession in das Zweite Fideicommiß gelangende Familienmitglied sich schon im Besitze des von dem Ersten Stifter herrührenden Fideicommisses befindet".

118) § 184 A. L. R. II, 4: Sind bei dem Abgange der von dem zweiten Stifter berufenen Linien, Zwei oder mehrere gleich nahe und successionsfähige Verwandten des letzten Besitzers vorhanden; so hängt es von diesem ab: welchem unter ihnen er das zweite Fideicommiß bescheiden wolle".

119) § 185 A. L. R. II, 4: „Hat er sich darüber nicht erklärt: so muß unter diesen mehreren gleich nahen successionsfähigen Anwartern das Loos entscheiden".

120) § 182 A. L. R. II, 4: „Hat aber der Zweite Stifter ausdrücklich erklärt, daß das von ihm errichtete mit dem von dem Ersten Stifter herrührenden Fideicommisse niemals zusammen kommen solle; so ist doch dergleichen Erklärung im zweifelhaften Falle nur so zu deuten, daß die Vereinigung beider Fideicommisse nicht in Einer Person geschehen solle".

121) § 183 A. L. R. II, 4: „Es kommt daher alsdann, wenn der Nächste dem Grade nach im Besitze des Ersten Fideicommisses ist, der Nächste nach ihm zur Succession in das Zweite.

122) § 186 A. L. R. II, 4: „Ist in dem Falle des § 180 nur noch Ein Mitglied der von dem zweiten Stifter berufenen Familie vorhanden: so erlangt zwar derselbe, wenn der Stifter auf diesen Fall nicht ausdrücklich verordnet hat,

sen Bestimmungen die, daß das zweite Fideicommiß nach Erlöschen des Zweigs der Familie, für welchen es bestimmt ist, immer an den dem Grade nach nächsten Verwandten des letzten Besitzers fallen soll. Nach gemeinem Recht muß man hierfür stets die für das Fideicommiß eingeführte Successionsordnung für maßgebend halten. Ebenso ist willkürlich die Anordnung, daß bei dem Vorhandensein mehrerer gleich naher Verwandter des letzten Besitzers dieser in freier Wahl das Fideicommiß einem derselben zuwenden darf, indem auch über den Vorzug eines unter mehreren gleich nahen Verwandten, wie überhaupt unter mehreren Prätendenten, lediglich der in diesem Fideicommiß bestehende Successionsmodus entscheidet.

Hiervon abgesehen halte ich die Aufstellung verschiedener Bestimmungen, je nachdem die mehreren Fideicommisse in derselben Familie von einem oder von mehreren Stiftern herrühren, nicht für glücklich. Der Umstand nämlich, von wem das Fideicommiß errichtet ist, kann doch für die bei demselben zu beobachtende Successionsart und die weitere Uebertragung des Fideicommisses nach dem Aussterben des Zweigs, für welchen dasselbe zunächst bestimmt ist, in keiner Weise in's Gewicht fallen, und namentlich dürfen für die Secundogenitur und die Tertiogenitur keine anderen Grundsätze, als die oben angegebenen, aufgestellt werden, wenn auch die Primogenitur von A, die Secundogenitur von B und Tertiogenitur von C gestiftet ist. Wenn das Landrecht dies nicht annimmt, so liegt dem die Fiction zu Grunde, daß die Errichtung einer Primogenitur, Secundogenitur, Tertiogenitur nicht in der Absicht der verschiedenen Stifter, welche für dieselbe Familie gesonderte Fideicommisse errichteten, gelegen. Diese Fiction kann aber doch unmöglich Platz greifen, wenn die entgegengesetzte Absicht von den Stiftern geradezu ausgesprochen ist, und selbst dann dürfte man dieselbe nach der muthmaßlichen Absicht der Stifter nicht zulassen, wenn diese für verschiedene Zweige derselben Familie Primogenituren errichtet und für den Fall des Aussterbens des einen Zweiges bestimmt haben, daß das Fideicommiß dennoch in der Familie bleiben soll. Die Beantwortung der Frage, ob mehrere in derselben Familie bestehende Fideicommisse als Primogenitur, Secundogenitur, Tertiogenitur anzusehen seien oder nicht, und ob die für diese geltenden oder andere Grundsätze für die weitere Uebertragung eines solchen Fideicommisses in derselben Familie nach dem Aussterben des Zweiges, für den dasselbe zunächst bestimmt war, maßgebend seien, richtet sich vielmehr danach, ob die Fideicommisse für verschiedene Linien einer bestimmten Familie, oder ohne Rücksicht auf die Linien, in welche dieselbe zerfällt, errichtet sind. Letzteres ist aber nicht nur dann anzunehmen, wenn für die einzelnen Fideicommisse nicht das Recht der Erstgeburt eingeführt ist, sondern

---

den Besitz beider Fideicommisse". § 187: „Sobald aber von ihm mehrere successionsfähige Familienglieder entspringen: so müssen die Fideicommisse unter selbige nach den obigen Regeln § 170. 171 wiederum getheilt werden".

auch dann, wenn der oder die Stifter weder ausdrücklich gesagt, das zweite und dritte Fideicommiß solle als Secundogenitur und Tertiogenitur der Familie, für welche auch das erste gestiftet ist, gelten, noch auch für den Fall des Aussterbens des betreffenden Zweiges der Familie das Verbleiben in der letzteren angeordnet haben.

Zum Schluß müssen wir unsere Aufmerksamkeit noch auf die mögliche weibliche und überhaupt cognatische Succession richten. Dieselbe beruht nach dem, was oben[123]) darüber bemerkt wurde, lediglich auf besonderer Anordnung des Stifters, und zwar können in Folge einer solchen die Frauen und Cognaten zugleich mit den Agnaten oder erst nach Ausgang des Mannsstamms succediren. Im ersteren Fall bedarf es keiner besondereren Regeln, mögen die Cognaten den Agnaten ganz gleich gestellt sein oder zwar durch die näheren und gleichstehenden Agnaten ausgeschlossen werden, den entfernteren aber vorgehen. Die vom Stifter vorgeschriebene Successionsordnung, oder in Ermangelung einer solchen die ipso iure eintretende, gilt in gleicher Weise für die Cognaten wie für die Agnaten, wenn der Stifter nicht für jene eine andere vorgeschrieben. Dagegen erheben sich bei Berufung der Cognaten für den Fall des Erlöschens des Mannsstamms ein paar Fragen, welche beantwortet werden müssen.

Hat der Stifter ganz genau vorgeschrieben, an wen von den cognatischen Mitgliedern der Familie nach dem Aussterben des Mannsstamms das Fideicommiß fallen soll, und zugleich welche Grundsätze für die cognatische Succession maßgebend sein sollen, so hat es dabei eben sein Bewenden und man hat sich danach genau zu richten[124]).

Hat derselbe sich jedoch auf die Anordnung beschränkt, daß nach dem Abgange der Agnaten die Cognaten zur Succession gelangen, so fragt sich zunächst, zu wessen Gunsten die cognatische Succession eröffnet sein soll, ob zu Gunsten des nächsten cognatischen Verwandten des letzten Besitzers oder des ersten Erwerbers des Fideicommisses. Es wird diese Frage von Salza[125]) mit der viel ventilirten des Privatfürstenrechts, ob der Erbtochter oder dem Regredienterben nach dem Aussterben des Mannsstamms der Vorzug im Familienvermögen gebühre, zusammengestellt. Allein die letztere hat mit der hier aufgeworfenen gar nichts zu thun, da man von Regredienterben nur bei dem Abkömmling einer Renunciantin, welche mit der Clausel „bis auf den ledigen Anfall" auf das ihr hinsichtlich der Familiengüter zustehende Erbrecht verzichtet hat, sprechen kann[126]). Von den für die Beantwortung dieser Frage

---

[123]) S. 341 ff. S. 348 f.

[124]) Daß die Erklärung des Stifters die nächste Entscheidungsnorm abgebe, hat auch das Preußische Landrecht ausdrücklich anerkannt: § 190 II, 4 (s. o. S. 349 Note 83).

[125]) A. a. O. S. 119.

[126]) Vgl. Beseler, Erbverträge II, 2 S. 296.

in dem einen oder anderen Sinne beigebrachten Gründen müssen wir daher ganz absehen. Vielmehr dürfen wir hier allein auf die Absicht des Stifters recurriren. Hat der Stifter nach dem Aussterben des Mannsstamms cognatische Succession angeordnet, etwas Näheres aber über dieselbe nicht festgesetzt, so ist anzunehmen, daß er für sie dieselben Regeln, wie bei der bis dahin stattgefundenen agnatischen Succession beobachtet wissen wollte. Bei dieser ist nun, wie wir schon sahen, überall da, wo dieselbe durch die Verwandtschaft bedingt wird, maßgebend die Nähe der Verwandtschaft zum letzten Besitzer, aber nicht zum ersten Erwerber. Das ist also auch hier zu berücksichtigen, und daher dem nächsten Cognaten oder der nächsten Cognatin des letzten Besitzers das Recht zur Nachfolge in das Fideicommiß zuzusprechen[127]). Aus demselben Grunde müssen natürlich bei einer für das Familienfideicommiß bestehenden Primogenitur zunächst die Cognaten der Linie des letzten Besitzers nach den Grundsätzen des Rechts der Erstgeburt, und, wenn solche nicht vorhanden sind, die Cognaten der dieser am nächsten stehenden Linie zur Succession gelangen. Sind daher Töchter des letzten Besitzers vorhanden, so succedirt die älteste von diesen. Concurriren Enkelinnen von einem vorverstorbenen älteren Sohne oder einer verstorbenen älteren Tochter des letzten Besitzers, oder auch die Descendenten von solchen mit jüngeren Töchtern desselben oder deren Descendenz oder den cognatischen Descendenten von jüngeren Söhnen, so schließen erstere die letzteren aus. Sind keine Descendenten des letzten Besitzers vorhanden, so geht man auf die Parentel des Vaters des letzten Besitzers zurück, und

---

[127]) Zu diesem Resultat kommen auch Pütter (sylloge p. 22—25), Posse (Prüfung des Unterschieds zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung S. 106 ff. S. 116 f.), Salza (a. a. O. S. 119). Ebenso hat sich Gerber (a. a. O. § 274) für diese Ansicht ausgesprochen. Pütter macht auch auf die Unzuträglichkeiten aufmerksam, welche aus einer Berufung des nächsten cognatischen Verwandten des ersten Besitzers entspringen würden, indem alsdann ein häufiger Wechsel der Linien, in denen sich das Fideicommiß befände, stattfinden würde. Das ist freilich nur unter der Voraussetzung richtig, daß nicht allein bei dem Uebergang des Fideicommisses auf die Cognaten, sondern überhaupt auch bei einem jeden späteren Successionsfall die Nähe der Verwandtschaft zum ersten Besitzer als maßgebend angenommen würde. Nützlichkeitsgründe allein sind auch bei der Abfassung der betreffenden Bestimmung des Preußischen Landrechts, auf die wir später eingehen werden, maßgebend gewesen. Suarez bemerkt in dieser Hinsicht, da es bei Privatfamilien nur äußerst selten möglich sei, „die Abstammung von dem Stifter vermittelst einer Person weiblichen Geschlechts durch einen Zwischenraum vielleicht von mehreren Jahrhunderten, zuverlässig ausforschen und endlich nachweisen zu können", so müsse das Bestreben, weitläufige Processe zu verhindern dafür bestimmend sein, der Descendenz der Tochter des letzten Besitzers vor der der Tochter des Stifters den Vorzug zu geben (Anm. zum § 94 d. T. des gedruckten Entwurfs Th. I Abth. 1 S. 275).

das Fideicommiß fällt demnach an die Schwestern des letzten Besitzers und deren Descendenz, sowie die cognatische Descendenz der verstorbenen Brüder, wobei wieder lediglich die Regeln der Primogenitur maßgebend sind, so daß die ältere Schwester und deren Descendenten, sowie die Descendenten des älteren Bruders des letzten Besitzers, die jüngeren Schwestern desselben und die Descendenten jüngerer Brüder ausschließt. Sind auch aus dieser Parentel keine Mitglieder vorhanden, so wird die Parentel des Großvaters des letzten Besitzers nach denselben Principien berufen. Und in derselben Weise verfährt man weiter. Handelt es sich um ein Seniorat, so gelangt der älteste Cognat oder die älteste Cognatin der ganzen Familie zum Besitz des Fideicommisses.

Eine fernere Frage ist die, ob, wenn einmal das Fideicommiß an die cognatische Descendenz des ersten Besitzers gelangt ist, unter diesen Cognaten selbst wieder den Männern vor den Frauen ein Vorzug eingeräumt wird. Und diese, glaube ich, muß man verneinen. Die von mir selbst für den Fall angenommene Ausschließung der Frauen von der Succession, daß der Stifter dieselben nicht ausdrücklich mit berufen hatte, stützte sich darauf, daß, wenn der Stifter für seine eigene oder eine fremde Familie ein Fideicommiß errichtet hat, unter dieser Familie im Zweifel die sich auch äußerlich unter einem bestimmten Namen darstellende Familie zu verstehen sei. Dieser Grund fällt weg, sowie das Fideicommiß an die cognatischen Mitglieder der Familie gelangt ist, denn sie repräsentiren die letztere nicht in der angegebenen Weise und zwar ohne Unterschied, ob sie Männer oder Frauen sind, ja sie gehören mit Ausnahme der Töchter der Fideicommißbesitzer oder Anwärter selbst gar nicht zu der vom Stifter zuerst berufenen Familie. Wollte man sagen, der Stifter könne den männlichen Cognaten des letzten Besitzers zur Führung des Namens der Fideicommiß-Familie verpflichten und dadurch die künstliche Fortsetzung dieser sichern, so ist darauf zu erwiedern, daß dieselbe künstliche Fortsetzung der Familie durch die den Ehemännern der weiblichen Cognaten auferlegte gleiche Pflicht bewirkt werden kann. Auf die Analogie des Lehns darf man sich hierbei nicht stützen. Denn wenn auch bei einem subsidiairen Weiberlehn in der cognatischen Linie sofort die Weiber durch die Männer, wie gewöhnlich, ausgeschlossen werden, so hat dies seinen Grund lediglich in dem Umstand, welcher überhaupt allein beim Lehn die regelmäßige Ausschließung der Frauen von der Succession bedingt, daß letztere nicht fähig sind, den Lehndienst zu leisten. Eben so unstatthaft ist eine Berufung auf die Stammgüter. Da nämlich die Familienfideicommisse keineswegs eine eigenthümliche Form der Stammgüter sind, so dürfen wir auch nicht ohne Weiteres die für die einen geltenden Grundsätze auf die anderen zur Anwendung bringen. Einige Schriftsteller, wie Dalwigk[128]) und Salza[129]) sind allerdings für den Vorzug der Männer vor den Frauen, ohne jedoch überhaupt für diese Ansicht Gründe

[128]) A. a. O. III S. 57 f. [129]) A. a. O. S. 118.

beizubringen. Konnte ich aber schon den männlichen Cognaten keinen Vorzug vor den weiblichen einräumen, um so weniger den von Männern vor den von Weibern abstammenden.

Die Particularrechte, welche eine weibliche Succession in Folge besonderer Anordnung des Stifters zulassen und auf die hier behandelten Punkte überhaupt eingehen, stimmen hinsichtlich des ersten mit den für das gemeine Recht aufgestellten Grundsätzen überein. Das gilt vom Preußischen Landrecht [130]) und dem Bayerischen Edict über die Familien-Fideicommisse [131]), welche beide das Fideicommiß nach dem Aussterben des Mannsstamms an die älteste Tochter des letzten Besitzers gelangen lassen. Nur macht das Landrecht in dem Fall eine Ausnahme, wenn der letzte Besitzer ohne Hinterlassung einer successionsfähigen cognatischen Nachkommenschaft gestorben, oder diese schon mit seinen Töchtern zu Ende gegangen ist, und nun das Fideicommiß an die cognatischen Descendenten des Stifters oder ersten Erwerbers überhaupt fällt. Bei diesen wird (nach dem § 200) „auf die Ordnung der Erstgeburt im Verhältniß gegen den Ersten Stifter oder Erwerber Rücksicht genommen", so daß also (wie es im § 201 weiter heißt) „z. B. die Linie der ältern Tochter des Ersten Stifters alle jüngern Linien, und in dieser ältern Linie, der sich am nächsten zur Primogenitur ziehende Nebenast alle übrigen" ausschließt. Ebenso trifft nach den beiden Braunschweigischen Gesetzen vom 28. März 1837 [132]) und 20. Mai 1858 [133]) die nach diesen beim Ausgang des Mannsstamms schon ipso iure eintretende weibliche Nachfolge diejenige Person, welche dem letzten Fideicommißbesitzer nach dem ersteren Gesetz „dem Grade nach die nächste ist", nach dem zweiten „bei Anwendung der Primogenitur auf die weibliche Descendenz am nächsten steht". Das Oesterreichische Gesetzbuch enthält über den in Rede stehenden Punkt denselben Grundsatz, indem es den in Folge ausdrücklicher Anordnung des Stifters nach Erlöschung des Mannsstamms stattfindenden Uebergang des Fideicommisses auf die weibliche Linie „nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung" geschehen läßt [134]), für diese aber im Zweifel nicht die Nähe der Verwandtschaft zum Fideicommißstifter oder ersten Erwerber, sondern zum letzten Besitzer entscheidend ist [135]).

---

130) § 191 A. L. R. II, 4. (s. Note 141).

131) Edict § 90 (s. Note 142).

132) § 23 und 24, in welchem letzteren Paragraphen die Bestimmung des ersteren, die sich nur auf Lehngüter, welche zum Fideicommiß gewidmet, bezieht, auch auf Allodialgüter für anwendbar erklärt wird.

133) § 6 N. 3. 134) A. B. G. B. § 626.

135) A. B. G. B. § 623. Durch das im Text Gesagte erscheint die Ansicht Wildner's (a. a. O. S. 174) als unmöglich, wonach das Fideicommiß, welches beim Erlöschen des Mannsstamms sich im Besitz einer jüngeren Linie befindet, an die erstgeborene Linie zurückfällt, wenn in dieser noch Cognaten vorhanden. — Das Hannöversche Gesetz vom 13. April 1836 § 31 gestattet dem Fideicommiß-

Hinsichtlich der für die Cognaten zur Anwendung kommenden Successionsart hat das Oesterreichische Gesetzbuch ausdrücklich die für den Mannsstamm vorgeschriebene für maßgebend erklärt[136]. Das Preußische Landrecht[137], das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse[138] und die Braunschweigischen Gesetze über die Errichtung von Familien-Stammgütern[139], schreiben für dieselbe die Primogenitur vor. Keins dieser Gesetze mit Ausnahme des Preußischen Landrechts, erwähnt die Möglichkeit einer anderweitigen Anordnung des Stifters, was freilich vom Standpunkt des Bayerischen Edicts über die Familienfideicommisse und der Braunschweigischen Gesetze, welche die Primogenitur als einzigen Successionsmodus aufstellen, vollkommen correct ist.

Was den zweiten oben hervorgehobenen Punkt betrifft, so geben die sämmtlichen genannten Gesetze, nachdem die cognatische Succession eröffnet ist, den männlichen Cognaten einen Vorzug vor den weiblichen. Hierbei bestehen jedoch unter ihnen sehr wesentliche Abweichungen.

Nach dem Oesterreichischen Gesetzbuch „gehen die männlichen Erben derjenigen Linie, welche zum Besitze des Fideicommisses gelanget ist, den weiblichen Erben vor" [140]. Diese Bestimmung, welche an sich nur auf ein Linealfideicommiß, also die Primogenitur (und Ultimogenitur) paßt, ist analog auch auf Fideicommisse, bei denen ein anderer Successionsmodus besteht, anzuwenden[141], und zwar in der Weise, daß man für diese den Satz aufzustellen hat, daß bei sonstiger gleicher Berechtigung zur Succession das männliche Geschlecht den Ausschlag giebt. Hierbei aber zeigt sich die Mangelhaftigkeit jener Bestimmung. Es kommen nämlich nach derselben bei einem Linealfideicommiß die Frauen schlechter zu stehen, als bei allen anderen. Bei letzteren werden dieselben nur von den in demselben Grade stehenden oder gleich alten männlichen oder in demselben Grade stehenden und zugleich gleich alten Verwandten ausgeschlossen, bei dem Linealfideicommiß aber auch von noch so entfernten männlichen Descendenten der jüngeren Geschwister. Und doch müssen wir jene Bestimmung auf die Fideicommisse anwenden, welche nicht Linealfideicommisse sind, weil es sonst für diese an jeder Vorschrift fehlen würde; und auch in der Weise, wie es geschehen, denn eine andere ist nicht möglich.

Das Bayerische Edict über die Familienfideicommisse läßt nur innerhalb der einzelnen vom letzten Besitzer ausgehende Linien und zwar auch hier nur

---

stifter, ausdrücklich „zum Besten der erstgebornen Tochter des jedesmaligen Besitzers ein solches Majorat" (d. h. Primogenitur) „zu errichten".

[136]) A. B. G. B. § 626.

[137]) § 192 f. A. L. R. II, 4. (s. Note 145. 146).

[138]) Edict § 90.

[139]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23 N. 1 u. 2; vom 20. Mai 1858 § 6 N. 3.

[140]) A. B. G. B. § 626.

[141]) Wildner a. a. O. S. 174 ff.

innerhalb der einzelnen Unterlinien die Männer den Weibern vorgehen[142]), so daß unter den Nachkommen einer Tochter des letzten Besitzers allemal die Brüder ihre (auch älteren) Schwestern ausschließen, nicht aber die männlichen Mitglieder einer jüngeren Linie oder Unterlinie die weiblichen der älteren, also z. B. nicht die Söhne der zweiten Tochter des letzten Besitzers aus dem Mannsstamm die Töchter der erstgeborenen Tochter, und eben so wenig die Enkel einer Tochter des letzten Besitzers, welche von ihrer zweiten Tochter oder auch ihrem zweiten Sohn herrühren, die von ihrer erstgeborenen Tochter abstammenden Enkelinnen. Das Edict bestimmt aber weiter, daß wenn auf diese Weise das Fideicommiß einmal an einen männlichen Abkömmling einer Tochter des letzten Besitzers gelangt ist, unter den Nachkommen desselben der Mannsstamm vollständig die Cognaten von der Succession ausschließe[143]).

Noch weiter geht das Preußische Landrecht in der Bevorzugung des männlichen Geschlechts. Eine eigentliche weibliche Succession ist hier nämlich nur zu Gunsten der Töchter des letzten Besitzers vom Mannsstamme zugelassen, so jedoch, daß auch von diesen die jüngeren Töchter durch die männliche Descendenz der älteren ausgeschlossen werden. Das Landrecht beruft nämlich an erster Stelle

---

[142]) Edict § 90: „Hat aber der Stifter die weibliche Descendenz nach Abgang des Manns-Stammes zum Fideicommisse mit fortdauerndem fideicommissarischem Verbande berufen, so bleibt es auch unter den weiblichen Abkömmlingen bey der Lineal- und Erstgeburts-Folge mit Vorzug ihrer männlichen Nachkommen, dergestalt, daß bey Abgang des Manns-Stammes das Fideicommiß an die älteste Tochter des letzten Besitzers und deren Descendenz fällt, und die Succession immer nach den Regeln der Erstgeburt auch unter ihren weiblichen Descendenten in so lange fortgeht, bis sich unter jenen Descendenten, an welche die Succession gelangt ist, ein männlicher Abkömmling befindet, welcher alsdann alle seine Schwestern, selbst die ältern von der Succession ausschließt. Stirbt die älteste Tochter, ohne Nachkommen zu hinterlassen, oder sind von ihr weder weibliche noch männliche Descendenten vorhanden, so geht die Fideicommiß-Folge nach eben diesen Regeln an die zweyte Tochter des letzten Besitzers und deren Nachkommenschaft. Nach gleichen Grundsätzen richtet sich die Fideicommiß-Folge der dritten und übrigen folgenden Töchter des letzten Besitzers und ihrer Descendenten“.

[143]) Edict § 91: „Ist einmal, den vorstehenden Regeln zu Folge, ein vom letzten Besitzer durch weibliche Nachkommen abstammender männlicher Descendent zum Besitze des Fideicommisses gelangt, so tritt mit ihm unter seiner Nachkommenschaft der Vorzug des Manns-Stammes nach den Bestimmungen des § 87 wieder ein“. Da, wie ich bereits oben (S. 345) bemerkte, nach diesem Paragraphen die Cognaten vollständig von der Succession ausgeschlossen sind, so würden wir consequenter Weise aus § 91 folgern müssen, daß bei dem Aussterben des hier genannten Mannsstamms das Fideicommiß erlösche. Ob dies in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, läßt sich bezweifeln; sicher ist es der Intention des Stifters, welcher auch die weibliche Descendenz zur Succession mit fortdauerndem fideicommissarischem Verbande berufen hat, entgegen.

die erstgeborene Tochter des letzten Besitzers[144]). Nach ihr, oder auch wenn sie den Successionsfall nicht erlebt hat, gelangen ihre Söhne und deren männliche Descendenten zur Nachfolge in das Fideicommiß[145]); in Ermangelung von solchen die Descendenten der Töchter derselben[146]). Ist aber die erstgeborene Tochter, nachdem sie bereits das Fideicommiß erhalten, oder auch vor dem Tode des letzten Besitzers ohne Hinterlassung männlicher Nachkommenschaft gestorben, so geht das Fideicommiß auf die zweite Tochter jenes und deren männliche Nachkommen über[147]). Trifft hinsichtlich dieser dasselbe zu, so fällt das Fideicommiß an die dritte Tochter und deren männliche Abkömmlinge, und so immer unter den gleichen Voraussetzungen an die nächstfolgende Tochter und die Descendenten einer solchen[148]). Sind endlich weder Töchter noch männliche Descendenten von solchen beim Tode des letzten Besitzers vorhanden oder sterben die Töchter ohne Hinterlassung männlicher Nachkommen, so kommt die Succession an die sonstigen männlichen vom Stifter oder ersten Erwerber des Fideicommisses abstammenden Cognaten[149]). Ist aber ein männlicher cognatischer Descendent, sei es des letzten Besitzers oder des ersten Erwerbers resp. Stifters, zur Succession

---

[144]) § 191 Pr. A. L. R. II, 4: „Hat er (scil. der Stifter) keine dergleichen Successions-Ordnung bestimmt: so gelangen, nach dem Tode des letztern (muß „letzten" heißen) männlichen Descendenten, die erstgeborne Tochter desselben, und deren männliche Abkömmlinge, zur Succession". § 194: „Ist bei dem Ableben des letzten männlichen Descendenten von dem Stifter, dessen älteste Tochter noch am Leben: so gelangt sie zum Besitze des Fideicommisses, auch wenn sie alsdann noch keine successionsfähige männliche Nachkommen hätte".

[145]) § 192 A. L. R. II, 4: „Wenn also die älteste Tochter des letzten Besitzers vor oder nach dem Vater mit Tode abgeht: so fällt das Fideicommiß auf ihre Söhne, und deren männliche Descendenten, überall nach der Regel der Erstgeburt".

[146]) § 193 A. L. R. II, 4: „Hat sie weder Söhne noch Enkel von Söhnen: so kommen die Enkel ihrer Töchter nach der Ordnung der Erstgeburt, zur Succession". Durch diese Bestimmung haben wohl auf keinen Fall die Urenkel von Söhnen durch die Enkel von Töchtern ausgeschlossen werden sollen.

[147]) § 195 A. L. R. II, 4: „Stirbt sie aber ohne dergleichen Nachkommen zu hinterlassen: so geht die Succession auf die Zweite Tochter des letzten Besitzers, und deren männliche Descendenten nach eben den Regeln über". § 196: „Ein Gleiches findet Statt, wenn die älteste Tochter des letzten Besitzers vor dem Vater verstorben ist, und auch bei seinem Ableben noch keine successionsfähige männliche Nachkommen von dieser älteren Tochter vorhanden sind."

[148]) § 197 A. L. R. II, 4: „Nach eben den Grundsätzen bestimmt sich das Successions-Recht der Dritten und mehrerer folgender Töchter des letzten Besitzers, und ihrer männlichen Descendenten".

[149]) § 199 A. L. R. II, 4: „Sind bei dem Ableben des letzten, von dem Ersten Stifter herstammenden, männlichen Abkömmlings keine Töchter und keine zur Succession fähige Descendenten derselben vorhanden; oder sterben seine hin-

gelangt, so wird dieser dem ersten Erwerber gleich gestellt[150]). Daraus folgt, daß das Fideicommiß lediglich auf seine männliche Descendenz, so lange solche vorhanden, übertragen wird, und daß nach dem Aussterben dieser dieselben Grundsätze hinsichtlich der cognatischen Succession eintreten, wie nach dem Erlöschen des vom Stifter oder ersten Erwerber des Fideicommisses ausgehenden Mannsstamms[151]).

Was endlich das braunschweigische Recht betrifft, so hat es fast den Anschein, als ob nach dem Gesetz vom 28. März 1837 die weiblichen Cognaten gänzlich bei dem Vorhandensein von männlichen (auch entfernteren) von der Succession ausgeschlossen wären; denn, nachdem dasselbe (im § 23 N. 1)

---

terlassenen Töchter insgesammt ohne dergleichen successionsfähige Nachkommenschaft: so geht das Fideicommiß auf die andern von dem ersten Stifter durch Weiber abstammenden männlichen Descendenten über".

[150]) § 198 A. L. R. II, 4: „Ist nach diesen (scil. in den §§ 192—197 enthaltenen) Grundsätzen ein durch Weiber von dem ersten Stifter abstammender männlicher Descendent einmal zum Besitze des Fideicommisses gelangt: so fängt mit ihm eine neue Successions-Ordnung an, und nach dem Verhältnisse gegen ihn richtet sich die Fideicommißfolge unter seiner Nachkommenschaft". § 202: „Wenn aber nach dieser (scil. in den §§ 199—201 enthaltenen) Regel ein durch Weiber von dem Ersten Stifter entsprossener männlicher Descendent einmal zum Besitze des Fideicommisses gelangt ist: so findet wegen der durch ihn entstehenden neuen Successions-Ordnung die Vorschrift des § 198 ebenfalls Anwendung".

[151]) Aus der Bestimmung der §§ 198. 202 A. L. R. II, 4 braucht man nicht eben so, wie aus § 91 des Bayerischen Edicts zu folgern, daß mit dem Aussterben des von dem hier genannten cognatischen Descendenten des ersten Erwerbers ausgehenden Mannsstamms das Fideicommiß erlösche. Denn, wenn auch mit demselben eine neue Successionsordnung beginnt und wir ihn demnach mit Bornemann (systematische Darstellung des preußischen Civilrechts Bd. VI. — 2. Ausg. Berl. 1845 — S. 385 f.) als neuen Stifter, oder vielleicht besser als ersten Besitzer des gewissermaßen erneuten Fideicommisses betrachten können, so ist doch auch für dieses neue Fideicommiß der vom wirklichen Stifter aufgestellte Grundsatz maßgebend, daß nach dem Ausgange des Mannsstamms die weibliche Linie zur Succession gelangt. Daraus aber, daß das Fideicommiß gleichsam als ein neues für die Nachkommenschaft des genannten cognatischen Descendenten des ersten Erwerbers erscheint, folgt von selbst, daß, wenn der von eben diesem Descendenten ausgehende Mannsstamm erloschen ist, ohne daß cognatische Nachkommen von demselben, und zwar weder Töchter des letzten Besitzers resp. männliche Abkömmlinge von solchen, noch auch andere männliche, durch Weiber von ihm abstammende, Descendenten vorhanden sind, das Fideicommiß erlischt und dasselbe nicht auf die sonstigen, vom wahren Stifter oder wirklichen ersten Besitzer des Fideicommisses abstammenden, männlichen Cognaten, welche oder deren Ascendenten vormals von der Succession in das Fideicommiß ausgeschlossen worden, übertragen wird. Dies hat auch Bornemann (a. a. O.) unter Berufung auf Suarez angenommen.

nach dem Aussterben des Mannsstamms die dem letzten Besitzer aus diesem am nächsten stehende Person aus den Cognaten berufen hat, fügt es hinzu: „in der weiblichen Linie tritt sodann wieder der Vorzug des Mannsstamms ein". Nach dem Gesetz vom 20. Mai 1858 dagegen macht sich der Vorzug des Mannsstamms nicht bei dem Uebergange des Fideicommisses von der agnatischen Familie auf die Cognaten geltend, sondern erst bei der ferneren Vererbung desselben in der weiblichen Linie. Das Gesetz trifft dann noch die näheren (lediglich als Anwendungen dieses Princips erscheinenden) Bestimmungen, „daß, wenn a. beim Uebergange der Succession vom Mannsstamm auf die Weiberlinie die zunächst zur Succession gelangte weibliche Descendentin keine männliche Descendenz hinterläßt, derjenige Mann im Weiberstamme succedirt, welcher der letzten Besitzerin dem Grade nach mit Anwendung der Primogenitur-Ordnung am nächsten steht, und daß wenn b. beim Tode einer zur Nachfolge gelangten weiblichen Descendentin überhaupt kein Mann vorhanden ist, die Succession unter den Weibern nach der Gradesnähe zur letzten Besitzerin mit Anwendung der Primogenitur-Ordnung sich bestimmt" [152]).

Es bleibt uns hierbei noch die Frage zu beantworten, ob wenn der Stifter lediglich die Anordnung getroffen, daß das Fideicommiß nach dem Erlöschen des Mannsstamms an die weibliche Nachkommenschaft kommen soll, dies als eine Berufung der Cognaten zur Succession in das Fideicommiß, als solches, anzusehen sei. Dalwigk [153]) und Salza [154]) leugnen es; vielmehr sind sie der Ansicht, daß eine solche Bestimmung nur für eine fideicommissarische Substitution zu halten sei, in Folge deren die Fideicommißgüter, jedoch mit Allodialeigenschaft auf die weiblichen Verwandten (natürlich des letzten Besitzers) nach den Grundsätzen des Civilrechts übergingen.

Diese Auffassung ist auch bereits früher durch das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse sanctionirt worden, welches im § 89 bestimmt: „Hat der Stifter des Fideicommisses nur erklärt, daß das Fideicommiß nach Erlöschung des Manns-Stammes an die weibliche Nachkommenschaft fallen soll, so ist diese Disposition als eine fideicommissarische Substitution gültig, und hat die Wirkung, daß das Fideicommiß vom letzten Besitzer mit Allodialeigenschaft an die weiblichen Nachkommen nach der Erbfolge-Ordnung übergeht, welche in den Civil-Gesetzen bestimmt ist". Dagegen faßt das Oesterreichische Gesetzbuch (im § 626) die ausdrückliche Verordnung des Stifters, „daß nach Erlöschung des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Linien übergehen soll"; als eventuelle Berufung der Cognaten zur Succession in das Familienfideicommiß, als solches, auf.

Gründe für seine Meinung hat Dalwigk gar nicht angegeben. Salza macht geltend, daß das Fortbestehen des Fideicommißnexus, wenn dies wirk-

---

[152]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 6 N. 3.

[153]) A. a. O. III S. 57. [154]) A. a. O. S. 117 f.

lich in der Willensmeinung des Stifters begründet gewesen, ausdrücklich von demselben hätte angeordnet werden müssen. Für einen Grund kann man dies jedoch gleichfalls nicht halten, da selbst Salza wohl kaum annehmen wird, daß der Stifter sich gerade der von ihm — Salza — gebrauchten Worte bedienen müsse. Ist dies aber nicht nothwendig, so sollte man meinen, es liege in der Bestimmung, das Fideicommiß soll nach Erlöschen des Mannsstamms an die Cognaten fallen, ebenfalls die ausdrückliche Anordnung der Fortdauer des Fideicommißnexus. Freilich versteht man unter Fideicommiß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eben so wohl das Fideicommißvermögen, die zum Fideicommiß gewidmeten Güter, als das Rechtsverhältniß des Fideicommisses. Allein, daß der Stifter sich bei einer Anordnung der in Rede stehenden Art des Worts in der letzteren und nicht in der ersteren Bedeutung bedient hat, ist augenscheinlich. Es ließe sich nicht absehen, zu welchem Zweck er dem letzten Besitzer aus dem Mannsstamm die Disposition über die Fideicommißgüter hätte entziehen wollen, um sie der nächsten Intestaterbin desselben, von der er gar keine bestimmte Vorstellung haben konnte, zuzuwenden. Einen vernünftigen Sinn hat vielmehr die in Rede stehende Anordnung des Stifters nur dann, wenn er durch das Fideicommißvermögen nach Erlöschung des Mannsstamms denselben Zweck erreichen wollte, wie durch die Fideicommißstiftung überhaupt, nämlich Erhaltung und Erhöhung des Ansehens einer Familie, die zwar nicht in juristischem Sinne mit der identisch ist, für welche die Stiftung von Hause aus erfolgte, aber doch, wenigstens von einem allgemein menschlichen Standpunkte aus, als eine Fortsetzung dieser zu betrachten ist, für die er also sehr wohl von ähnlichen Gefühlen erfüllt sein konnte, wie für die ursprüngliche Fideicommißfamilie.

Ich bin daher der Ansicht, daß nach gemeinem Recht die in Rede stehende, wie jede dieser gleichbedeutende Anordnung des Stifters als Ausdehnung des Fideicommißverbandes auf die Cognaten der Familie zu verstehen ist, wenn nicht ganz bestimmte Gründe vorliegen, die eine solche Absicht des Stifters ausschließen. Für einen solchen würde ich aber noch nicht den Umstand halten, daß der Stifter statt des Wortes „Fideicommiß" die Bezeichnung „Fideicommißgüter" oder „Fideicommißvermögen" gebraucht hat, sondern nur den, daß er sich einer solchen Wortfassung bediente, woraus erhellt, daß er nicht die Cognaten in ihrer Gesammtheit berief, sondern bestimmten, wenn auch nicht mit Namen bezeichneten Verwandten gewisser Mitglieder der Familie die Güter zuwenden wollte, also etwa anordnete: nach dem Aussterben des Mannsstamms sollen die Fideicommißgüter den Töchtern (resp. Enkelinnen) des letzten Besitzers zufallen.

§ 22.
Die Erwerbung des Fideicommisses durch den Successor.

Als eine der Folgen des Charakters der Fideicommißsuccession, als einer successio ex pacto et providentia maiorum wurde oben auch die hervorgehoben, daß das Fideicommißvermögen ipso iure vom Vorbesitzer auf den Nachfolger übergehe[1]). Es bedarf daher weder eines besonderen Uebertragungsactes von Seiten des Vorbesitzers, noch auch eines Erwerbs von Seiten des Successors. Jeder Besitzer leitet nämlich sein Recht unmittelbar vom Stifter ab. Dieser überträgt durch die Errichtung des Fideicommisses das Eigenthum an den Fideicommißgegenständen auf sämmtliche successionsfähige Mitglieder der von ihm berufenen Familie. Ein jedes successionsberechtigte Familienglied, welchem eben ex die, nämlich dem Todestage des Vorbesitzers das Eigenthum an der Fideicommißsache gegeben ist, erwirbt dasselbe daher mit dem Eintritt dieses dies.

Dies läßt sich auch civilistisch begründen. Es ist schon öfter hervorgehoben worden, daß die Fideicommißsuccessoren im Verhältniß zu ihren Vorbesitzern wie zum Stifter als Vermächtnißnehmer, und zwar, je nachdem das ganze Vermögen, die ganze Erbschaft des Stifters, eine Quote derselben, oder einzelne Sachen resp. Summen Gegenstand des Fideicommisses sind, als Universal- oder Singularfideicommissarien zu betrachten sind. Nun geht schon nach altrömischem Recht das Eigenthum an einer durch ein legatum per vindicationem legirten Sache auf den Vermächtnißnehmer, sowie die Erbschaft erworben ist, ipso iure über[2]). Diesem Grundsatz hat Justinian in der L. 1 C. Comm. de legat. (6, 43) eine weitere Anwendung gegeben. Hier bestimmt derselbe nämlich: — Rectius — censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res, sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. — Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat —. Et haec disposuimus, non tantum, si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est, nihil

---

[1]) S. oben S. 325 f. [2]) Gaius II § 194.

est grave etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. — Ueber die Tragweite der in dieser Constitution enthaltenen Ausdehnung der bis dahin beim Vindicationslegat geltenden Principien besteht allerdings dieselbe Controverse, wie in Betreff der oben bereits erwähnten Bestimmung der L. 3 C. eod.[3]). Es fragt sich nämlich, ob Justinian die rei vindicatio auf alle Vermächtnisse, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand eines solchen eine Sache des Testators selbst oder aber eine dem Erben oder einem Dritten gehörige war, habe ausdehnen wollen; oder nur auf alle Vermächtnisse ohne Rücksicht auf die Art und Weise der Verschaffung, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob diese durch Legat oder Fideicommiß erfolgte. Das Letztere ist m. E. unbedingt für das Richtige zu halten[4]). Allein hinsichtlich der modernen Familienfideicommisse ist auch in den seltenen Fällen, wo der Stifter Sachen seiner Erben oder der zur Succession in das Fideicommiß Berufenen oder auch von dritten Personen für das Fideicommiß bestimmt hat, Justinian's Bestimmung zur Anwendung zu bringen, weil, wie schon oben bemerkt, derartige Sachen, wenn sie wirklich von ihren Eigenthümern für das Fideicommiß hergegeben sind, gewissermaßen zu Sachen des Stifters selbst geworden sind.

Für einen Fall haben wir dann noch eine besondere Anordnung Justinian's, nämlich für den, daß der Stifter seine Erbschaft zum Fideicommiß bestimmt hat. Es ist dies die L. 7 § 1 C. Ad SC. Treb. (6, 49): Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est, et dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit, vel si suppositus fideicommissariae restitutioni ante, quam restitueret hereditatem ab hac luce subtractus est nullo herede vel successore ei existente, vel fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano senatusconsulto hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias, quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur. Et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. Sancimus itaque, ut sive per contumaciam abfuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est, ipso iure utiles actiones transferantur. Hier wird also vorgeschrieben, daß ein jedes Universalfideicommiß, welches successive an mehrere Personen fallen soll, von einem Fideicommissar auf den anderen, ohne daß es einer besonderen Restitutionserklärung bedarf, ipso iure übergehe. Damit ist es aber auch aus-

[3]) S. S. 238.

[4]) In neuerer Zeit ist diese Ansicht vertheidigt von Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen (1. Abthl. Tübing. 1854) S. 22 ff. und Arndts in der Fortsetzung von Glück's Pandekten-Commentar Th. XLVI Abthl. 1 S. 63 ff.

gesprochen, daß ein Familienfideicommiß, dessen Gegenstand die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben ist, von einem Fideicommißbesitzer, und zwar auch von dem ersten, selbst wenn dieser zugleich Erbe des Stifters war[5]), ipso iure auf den anderen übertragen wird.

Unter den Juristen besteht auch hinsichtlich dieses ipso iure stattfindenden Erwerbs des Successors Uebereinstimmung, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Fideicommiß aus eigenen Sachen des Stifters oder fremden besteht, und ob es durch eine letztwillige Verfügung oder durch ein Geschäft unter Lebenden zu Stande gekommen ist. Die Begründung ist jedoch eine verschiedene. Denn während sich die älteren Juristen auf Grundsätze, die dem römischen Recht zu entnehmen sein sollten[6]), stützen, hat man in späterer Zeit angebliche Principien des einheimischen Rechts herbeigezogen[7]). Die von den ersteren aufgestellten Sätze sind nun allerdings zum Theil ganz falsch, so der, daß eine ad diem geschenkte Sache, die mit dem Eintritt desselben auf einen Anderen übertragen werden soll, alsdann ipso iure auf diesen übergehe, sodann, daß ganz allgemein legata ipso iure an den Legatar fielen, ferner, daß bei successiones universales ipso iure das Eigenthum transferirt werde. Richtig zieht jedoch Knipschildt die L. 7 § 1 C. Ad SC. Treb. herbei, und nur insofern begeht er einen Mißgriff, als er aus derselben den allgemeinen Satz entnimmt: ad fideicommissarium actiones utiles ipso iure transferri dicuntur. Außerdem verweist er noch auf die für das Recht der Anwärter, die veräußerten Fideicommißsachen zu vindiciren, beigebrachten Argumente. Daß diese zum Theil gleichfalls nicht stichhaltig, wurde bereits früher bemerkt[8]), ebenso aber auch, daß sich die Anwendung der L. 1 und 3 C. Comm. de legat. auf alle Arten der Familienfideicommisse, ohne

[5]) Ist der Erbe des Stifters freilich nicht zum Fideicommiß berufen, so mußte er eigentlich die Erbschaft durch eine ausdrückliche Erklärung dem zuerst Berufenen restituiren, und das wird auch von älteren Juristen angenommen. S. Knipschildt, de fideicommissis familiarum XIII n. 1 sqq. und die daselbst Citirten. Allein jene Erklärung ist eine bloße Form, welche durch den Richter supplirt werden kann. Es wurden daher von der Nothwendigkeit derselben schon von den älteren Juristen viele Ausnahmen statuirt: Knipschildt l. c. n. 6—16, und die spätere Praxis hat von derselben ganz abgesehen: Cramer, observationes iuris univ. III obs. 845.

[6]) Molina de Hispan. primogen. I c. 1 n. 16—18. Knipschildt l. c. X n. 19—23. XIII n. 8 und die daselbst citirten Schriftsteller. Andere Juristen geben gar keine Gründe an, sondern beschränken sich darauf, den Rechtssatz selbst auszusprechen, so Lauterbach, collegium theoret. pract. pand. (vol. II) l. 36 t. 1 § 14. Kreittmayr, Anmerkungen III C. 10 § 20 N. 1.

[7]) So in dem factum implorationis der Brockdorff'schen Fideicommißsache bei Mellmann, de fideicommissis familiarum p. 281 sqq.

[8]) S. oben S. 238 f.

Rücksicht auf ihren Gegenstand und die Weise der Errichtung rechtfertigen lasse. Die Berufung auf altdeutschrechtliche Principien aber müssen wir für vollkommen verfehlt erachten. Man stützte sich nämlich auf „das in den Rechten laut anerkannte ius condominii aller fähigen Descendenten in den deutschen Erb-Fideicommissen und Stammgütern". Da nun aber ein solches ius condominii aller Fideicommißanwärter nicht existirt, so kann daraus auch nicht gefolgert werden, daß diese Anwärter, sobald sie die Succession trifft, ipso iure das Fideicommiß erwerben.

Auch von den Particularrechten haben den Satz, daß das Familienfideicommiß beim Tode des Vorbesitzers ipso iure von dem Successor erworben wird, ausdrücklich anerkannt das Preußische Landrecht und das Braunschweigische Gesetz vom 20. Mai 1858. Ersteres bestimmt im § 206 II, 4: „Das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses geht in dem Augenblicke, da der bisherige Besitzer verstirbt, auf den Nachfolger über" [9]). Ebenso das letztere im § 6 N. 5: „Das Familien-Stammgut geht beim Tode des Vorbesitzers auf den Anerben über". Aber auch nach den anderen Particularrechten ist dasselbe anzunehmen [10]), wenn sie nicht geradezu dem Successor blos ein Forderungsrecht gegen die Erben des Vorbesitzers gewähren, und somit die Nothwendigkeit eines Restitutionsacts von Seiten der letzteren voraussetzen. Dies gilt vom Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch. Dasselbe läßt nämlich für die Familienanwartschaft, in Ermangelung besonderer Bestimmungen, die über die Erbanwartschaft und Vermächtnißanwartschaft auf-

---

[9]) Daß dieser Paragraph nicht den ipso iure Erwerb des Fideicommisses durch den Nachfolger ausspreche, darf man nicht etwa folgern wollen aus § 207 A. L. R. II, 4: „Diesem müssen die Erben des letzten Besitzers das Fideicommiß so ausantworten, wie dasselbe von dem Stifter auf ihren Erblasser gediehen ist". Denn hierdurch soll nicht ausgedrückt werden, daß es einer besonderen Restitution von Seiten der Erben des Vorbesitzers bedürfe, um das Eigenthum (oder nach dem Landrecht nutzbare Eigenthum) auf den Nachfolger zu übertragen, sondern der Satz bezieht sich lediglich auf die Pflicht jedes Besitzers und natürlich auch seiner Erben, das Fideicommiß in dem überkommenen Zustand dem Successor auszuantworten.

[10]) So nimmt es für das heutige Bayerische Recht Pözl (Bayerisches Staats-Verf.-Recht. S. 99 f.) an. Dasselbe muß man aber hinsichtlich des Codex Maximilianeus sagen. Denn wenn dieser die über die Pflichten des Fideicommißbesitzers aufgestellten Grundsätze mit den Worten einleitet (III C. 10 § 12) „Nachdeme 1mo. das Fideicommiss nicht auf des Fideicommissarii Allodial-Erben, sondern auf den nächsten Fideicommiss-Successorem fallt, mithin demselben seiner Zeit, sobald ihn die Ordnung betrift, in dem nemlichen Stand, wie es der Antecessor empfangen hat, restituirt und eingeraumt werden muß"; so ist diesem Satz lediglich dieselbe Bedeutung, wie der in der vorigen Note erwähnten Bestimmung des Preußischen Landrechts beizulegen.

gestellten Grundsätze Anwendung finden[11]). Das muß auch von der über die Erbanwartschaft gegebenen Bestimmung des § 2509 gelten: „Nach dem Anfalle der Anwartschaft kann der Anwärter, wenn für die Herausgabe der Erbschaft oder des Erbtheiles keine Zeit bestimmt ist, die Herausgabe von der Zeit der Antretung der Erbschaft von Seiten des Erben an fordern". Endlich bedarf es da, wo zum Erwerb des Eigenthums an Grundstücken die gerichtliche Auflassung erforderlich ist, auch für den Fideicommißsuccessor der Eintragung in das Grundbuch, wie dies, abgesehen von dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch, nach österreichischem Recht[12]) und der Mecklenburgischen Stadtbuchordnung der Fall ist[13]).

Wenn aber auch das Fideicommißrecht, und somit das Eigenthum an den Fideicommißgegenständen ipso iure von jedem Successor erworben wird, so gilt doch nicht dasselbe vom Besitz. Um diesen zu erhalten, bedarf es einer besonderen Besitzergreifung[14]).

Aus der Art des Erwerbs des Fideicommisses ergiebt sich auch die Beschaffenheit der Klagen, durch welche das Recht des Fideicommißsuccessors geschützt ist. Da er als Vermächtnißnehmer dem Vorbesitzer gegenüber erscheint,

---

[11]) A. B. G. B. § 2529.

[12]) Für dieses fordert Wildner (das Fideicommiß-Recht S. 178 ff.) eine ausdrückliche Erklärung des Anwärters, das Fideicommiß-Nutzeigenthum erwerben zu wollen, und darauf folgende Uebergabe desselben durch das Gericht (von Wildner mit Einantwortung identisch gebraucht), welche bei unbeweglichen Fideicommißgütern der Intabulation vorangehen soll. Es wäre dies, wenn dadurch wirklich der Erwerb des Fideicommisses bedingt sein sollte um so seltsamer, als es nach österreichischem Recht sogar zum Erwerb einer Erbschaft keiner besonderen Antretung bedarf, sondern dieser ipso iure geschieht, (vgl. A. B. G. B. §§ 537. 809). Es hat fast den Anschein, als ob Wildner dies vollständig übersehen hat, denn er bemerkt, die genannte Erklärung sei nicht nur dann nothwendig, wenn der Titel des Fideicommisses eine Erbeseinsetzung sei, sondern auch bei jedem anderen Titel (Vermächtniß, Vertrag), eben weil dieser für den Anwärter nur einen möglichen Grund der Erwerbung abgebe, und die letztere selbst von Seiten dessen, dem sie möglich, einen darauf gerichteten Willen, folglich auch eine Erklärung desselben voraussetze. Allein unter der Einantwortung ist gar nicht die Uebertragung des Eigenthums, sondern des Besitzes zu verstehen. Und so bedarf es allerdings einer Besitzergreifung des Fideicommißsuccessors, aber (abgesehen von der Intabulation) keiner Handlung, um das Fideicommißeigenthum zu erwerben. Deshalb kann auch die Intabulation keineswegs durch die vorangegangene Erklärung, das Fideicommiß erwerben zu wollen, und die darauf folgende Einantwortung bedingt sein.

[13]) S. oben S. 142 f.

[14]) Knipschildt l. c. X n. 24. Bei den spanischen Majoraten ging freilich auch der Besitz ohne besondere Ergreifung auf den Successor über, aber in Folge der spanischen Gesetzgebung: Molina l. c. III c. 12.

so steht ihm eine, der actio ex testamento nachgebildete, persönliche Klage gegen die Erben des letzteren, weil er sie gegen diesen selbst nicht anstellen kann[15]), auf Restitution des Fideicommisses zu[16]). Da er aber mit dem Augenblick des Todes seines Vorgängers das Eigenthum an den zum Fideicommiß gehörigen Gegenständen erwirbt, so kann er außer der genannten Klage die Eigenthumsklage, wie gegen jeden Inhaber derartiger Sachen, so auch gegen die Allodialerben des Vorbesitzers, welche ihm deren Herausgabe verweigern, anstellen[17]). Ist die ganze Erbschaft des Stifters Gegenstand des Fideicommisses, so dürfte der jedesmalige Successor auch einer Klage auf Herausgabe des ganzen Fideicommißvermögens, wie gegen jeden Inhaber, so gegen die Allodialerben des Vorbesitzers nach Art der hereditatis petitio fideicommissaria sich bedienen[18]). Ebenso stehen die provisorischen Rechtsmittel, das inter-

---

[15]) Einige ältere Juristen, wie Molina (l. c. III c. ult. n. 24 sqq.), Peregrinus (de fideicommissis art. 41 n. 7), Stryck (de successione ab int. VII c. 4 § 24), Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 2 N. 1) geben dem Fideicommißanwärter das Recht, gegen den Besitzer, welcher die Fideicommißgüter für seine Allodialgüter ausgiebt, und dieselben zu veräußern anfängt, die provocatio ex lege diffamari anzustellen. Es ist hierbei jedoch nicht recht abzusehen, was mit dieser Klage bezweckt wird. Die Vindication darf nun so wenig, wie sonst noch bei Lebzeiten des veräußerenden Besitzers angestellt werden. Denn die Folge der Provocation kann immer nur die sein, daß ausgesprochen wird, dem Provocaten stehe das angemaßte Recht nicht zu. Selbst die Beweislast des Anwärters fällt dadurch für künftige Fälle nur den Erben des Provocaten, nicht anderen Personen gegenüber fort.

[16]) Knipschildt l. c. XIII n. 32—40. Stryck l. c. VII c. 4 § 10. Oetting, de fideicommissis c. 3 § 18. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 20 N. 1. Dies halten diese Juristen nur bei den durch Testament errichteten Familienfideicommissen für statthaft. Für die durch Contract begründeten soll nach ihnen eine actio ex contractu anzustellen sein. Diese Verschiedenheit der Klagen nach den Arten der Errichtungsgeschäfte hat auch das Bayerische Landrecht statuirt. Dasselbe bestimmt nämlich (III C. 10 § 20): — „Fideicommissarius — muß 2do. nach Gestalt des Fideicommiss, da nemlich solches entweder Universal oder Particular ist, die denen Erben, respective Legatariis sowol in Petitorio als Possessorio gegönnte Rechts-Mittel und Actiones an Hand nehmen. Solchemnach auch 3tio. die hierzu erforderliche Requisita beobachten, und wenn 4to. das Fideicommiss per Modum Pacti gemacht ist, so greiffen auch die ex Pacto überhaupt erfolgende Actiones hierin Platz". In Wahrheit handelt es sich, wenn ein derartiger Unterschied zwischen den Klagen statuirt wird, heutzutage lediglich um den Namen.

[17]) Knipschildt l. c. XIII n. 62 sqq. Stryck l. c. VII c. 4 § 25. Lauterbach l. c. l. 36 t. 1 § 14. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 20 N. 1.

[18]) Knipschildt l. c. XIII n. 60. Stryck l. c. Oetting l. c. Kreittmayr a. a. O. Dem zuerst Berufenen steht natürlich bei einem Universal-

dictum quorum bonorum und das remedium ex L. ult. C. De ed. D. Hadriani toll. in diesem Fall dem Fideicommißbesitzer zu[19]). Letzteres würde freilich nach der strengeren Auffassung ein in formeller Hinsicht fehlerloses Testament als Stiftungsurkunde voraussetzen[20]), welche Forderung jedoch um so weniger nachtheilig ist, als durch das erste Rechtsmittel für das Bedürfniß vollständig gesorgt ist[21]). Hierbei mag noch bemerkt werden, daß der frühere Gerichtsgebrauch auch bei einem aus einzelnen Gegenständen bestehenden Fideicommiß das remedium ex L. ult. C. De ed. D. Hadr. toll. als ein remedium utile zur Anwendung brachte[22]).

Die älteren Juristen heben noch besonders hervor, daß, wie es dem Legatar verboten sei, sich der ihm legirten Sache gegen den Willen des Erben zu bemächtigen, so auch der Fideicommißanwärter sich nicht eigenmächtig in den Besitz des Fideicommisses setzen dürfe, und zwar bei Strafe des Verlustes seines Anrechts auf dasselbe[23]). Dieselbe Vorschrift enthält das Bayerische Landrecht, welches im Th. III. C. 10 § 20 N. 1 anordnet: „Mag Fideicommissarius das Fideicommiss, sofern nicht Possessio vacua ist, eigenmächtiger Weis nicht ergreiffen". Der Codex Maximilianeus giebt jedoch, wie der Wortlaut lehrt, die Bestimmung nur für den Fall, daß nicht possessio vacua ist und dieselbe Beschränkung findet sich bei den älteren Juristen[24]). Daraus geht aber hervor, daß die ganze Vorschrift nicht paßt auf den Uebergang des Fideicommisses von dem Vorbesitzer auf den Nachfolger, indem mit dem Tode jenes possessio vacua ist. Man kann sie nur anwenden bei dem Inslebentreten des Fideicommisses für den zuerst Berufenen den Erben des Stifters gegenüber[25]).

Ist der Fideicommißsuccessor zur Klage genöthigt, so hat er, mag er dieselbe gegen die Erben des Vorbesitzers oder einen dritten Besitzer, welcher den

---

fideikommiß auch gegen den Erben, dem die Herausgabe desselben an ihn auferlegt ist, die petitio fideicommissi zu.

[19]) Knipschildt l. c. XIII n. 87 sq. Stryck l. c. VII c. 4 n. 27. n. 30. Kreittmayr a. a. O. Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät in der Brockdorff'schen Fideicommißsache bei Mellmann l. c. p. 245.

[20]) Vgl. Beseler, Erbverträge II, 1 S. 293. Derselbe, System § 159 N. VII.

[21]) Vgl. Puchta, Pandekten § 519.

[22]) S. Lauterbach l. c. (vol. III) l. 43 t. 2 § 16 und das eben citirte Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät.

[23]) Knipschildt l. c. XIII n. 2. Stryck l. c. VII c. 4 n. 6. Kreittmayr a. a. O.

[24]) Knipschildt l. c. n. 9. Kreittmayr a. a. O.

[25]) Daß der Grundsatz nicht gilt für die späteren Restitutionen bemerken auch, gestützt auf L. 7 § 1 C. Ad SC. Treb., Knipschildt (l. c. n. 8) und Stryck (l. c. VII c. 4 n. 4).

Fideicommißgegenstand durch ein Veräußerungsgeschäft von einem früheren Besitzer erhalten hat, anstellen, einen zwiefachen Beweis zu führen, einmal den der Existenz des Fideicommisses und dann den seiner Berechtigung, seines Successionsrechts. Der erstere Beweis richtet sich auf das Vorhandensein einer Stiftung[26]) und Eigenthum des Stifters an der zum Fideicommiß gewidmeten Sache[27]). Der Beweis der Ungültigkeit der Fideicommißerrichtung, obwohl ihr Vorhandensein feststeht, wegen Unfähigkeit des Stifters würde dem Beklagten obliegen. Natürlich ist auch nachzuweisen, daß gerade das Object, welches jetzt Gegenstand des Processes ist, mit dem von dem Stifter zum Fideicommiß gewidmeten identisch ist. Hinsichtlich des zweiten Punktes hat der Prätendent lediglich seine Berufung zur Succession, d. h. seine Zugehörigkeit zur Fideicommißfamilie zu beweisen[28]), dagegen nicht, daß er das nächste Anrecht auf das Fideicommiß habe, ihm also kein näher Berechtigter vorgehe[29]), und eben so wenig, daß kein vitium in seiner Person vorhanden, das ihn, obwohl er zur Fideicommißfamilie gehört, doch in Folge der Bestimmungen des gemeinen Rechts oder des Particulargesetzes oder der Stiftungsurkunde von der Succession ausschließt.

§ 23.

IV. Die Auseinandersetzung zwischen dem Fideicommißsuccessor und den Erben des letzten Besitzers.

Ist der Fideicommißsuccessor nicht zugleich Allodialerbe seines Vorgängers, oder auch nur nicht der einzige, so muß, wie das Gleiche beim Lehn stattfindet, eine Auseinandersetzung zwischen ihm und den Erben des Letzteren vorgenommen werden[1]). Hierbei sind verschiedene Punkte zu berücksichtigen.

Zunächst muß festgestellt werden, welche Gegenstände zum Familienfideicommisse gehören. Den nächsten Anhalt hierfür bietet die Stiftungsurkunde selbst und das Fideicommißinventarium dar. Fehlt es jedoch an letzterem, und erhellt aus ersterem nichts Gewisses, so ist der Beweis in anderer Weise zu führen, und man darf hier eben so wenig, wie beim Lehn, für die Allodialqualität der Güter die Vermuthung streiten lassen. Dieser Beweis wird unter

[26]) Knipschildt l. c. XIV n. 43—45. Stryck l. c. VII c. 4 § 33. Lauterbach l. c. (vol. II) l. 36 t. 1 § 14. Oetting l. c. c. 3 § 20. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 20 N. 2. Richter, de fideicommissis familiarum p. 39.

[27]) Knipschildt l. c. XIV n. 56 sq.

[28]) Peregrinus, l. c. art. 43 n. 60. Knipschildt l. c. XIV n. 3. Stryck l. c. VII c. 4 § 35. Kreittmayr a. a. O.

[29]) Knipschildt (l. c. n. 4—8) und Kreittmayr (a. a. O.) behaupten dies freilich verkehrter Weise.

[1]) Dasselbe ist natürlich bei einem Concurse des Besitzers erforderlich.

Umständen sehr schwierig sein, namentlich wenn kein Inventar vorhanden, allein das kann unmöglich einen hinreichenden Grund gewähren, von dem angegebenen Princip abzuweichen.

Sind bei dem Eintreten des Successionsfalls mit den Fideicommißgütern selbstständige Grundstücke wirthschaftlich verbunden, welche nach Ausweis der Stiftungsurkunde und des Inventars von Hause aus nicht zu denselben gehörten, so fragt es sich lediglich, ob dieselben durch eine ausdrückliche Willenserklärung[3]), eine neue Stiftung durch einen Besitzer oder auch einen Anderen dem Fideicommisse zugefügt sind. Ist dies der Fall, so gelten sie natürlich als Bestandtheile des Fideicommisses; wo nicht, so verbleiben sie den Erben des letzten Besitzers, oder richtiger sind sie den Erben dessen, von dem sie herrühren, herauszugeben, wenn sie nicht durch die späteren Besitzer usucapirt sind. Im letzteren Fall würden die Erben desjenigen, unter dem die Usucapion vollendet, dieselben fordern können. Ganz anders verhält es sich mit den Accessionen des Fideicommißguts durch Alluvion, Avulsion u. s. w. Da diese der Substanz des Fideicommisses zuwachsen[4]), so gehen sie auch natürlich auf jeden Successor über.

Auf dieses Resultat kommen auch die älteren Juristen heraus[5]). Die gleichen Grundsätze hat das Bayerische Landrecht aufgestellt. Dasselbe bestimmt nämlich im Th. III. C. 10. § 14: „1mo. Die Mehr- oder Besserung eines Fideicommiss, welche sich Facto Fideicommissarii ergiebt, und annebens so beschaffen ist, daß sie von dem Haupt-Fideicommiss separirt werden, und für sich selbst bestehen mag, z. E. ein angekauftes Grund-Stuck wird nicht zum Fideicommiss geschlagen, sondern ist frey eigenthümlich und allodial, es seye

---

[2]) So auch Dalwigk, Erbrecht III S. 68. Das Preußische Landrecht bestimmt gleichfalls im § 208 II, 4: „Besteht das Fideicommiß aus liegenden Gründen: so muß das bei Errichtung desselben aufgenommene Inventarium (§ 71) vollständig gewährt werden". Ebenso das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse, nach welchem das Inventar „bey jeder Besitzveränderung und bey Absonderung des Fideicommisses vom Allodium zur Richtschnur" dient (§ 43). Vgl. § 8, welcher anordnet, daß die gesetzlich als Zubehörungen geltenden Sachen, sowie „die mit dem Fideicommisse bey dessen Errichtung verbundenen Mobilien (§ 6) gehörig verzeichnet, abgeschätzt, und dem Fideicommiß-Nachfolger in dem Umfange, welchen jenes Verzeichniß ausspricht", zu hinterlassen seien.

[3]) Irgend eine Erklärung des Fideicommißbesitzers, welchem die Gegenstände gehörten, würde man selbst dann fordern müssen, wenn demselben vom Stifter die Verpflichtung auferlegt wäre, diese Sachen dem Fideicommiß hinzuzufügen. Vgl. über derartige Anordnungen oben S. 64 ff.

[4]) S. oben S. 196.

[5]) Molina, de Hispan. primog. I c. 26 n. 1—4. n. 17. Knipschildt, de fideicommissis familiarum XII n. 82—90. n. 98. Kreittmayr Anmerkungen III C. 10 § 14.

dann solches 2do. von dem Neo-Acquirente selbst ausdrücklich einverleibt, oder wenigst zum beständigen Gebrauch dahin gewidmet worden, welchenfalls er auch 3tio. in Ansehen solcher Besserung pro primo Fideicommittente geachtet wird, und ihme demnach frey stehet, die Conditiones des Haupt-Fideicommiss zu mehren, zu mindern oder sonst abzuändern. Inmassen die folgende Fideicommiss-Inhaber hieran allerdings gebunden seynd, sofern sie sich anders sothaner Mehr- oder Besserung theilhaftig machen wollen. 4to. So viel die Mehr- oder Besserungen betrifft, welche sich nicht Facto Fideicommissarii, sondern durch die Natur selbst oder jählingen Zufall, z. E. per Alluvionem, Coalitionem ergeben, oder wenigst so beschaffen seynd, daß sie sich von dem Haupt-Fideicommiss nicht wohl absönderen lassen, z. E. neu erlangte Grund- und Dienstbarkeiten und andere dem Fundo inhaerirende Iura realia, item was per Implantationem, Inaedificationem oder sonst mit demselben vereiniget wird, dieses alles gehört zum Fideicommiss, folglich auch zur Restitution, jedoch andergestalt nicht, als deductis Expensis nach Masgab nächstfolgenden §vi".

Der zweite bei dieser Sonderung des Fideicommisses vom Allod in Betracht kommende Punkt betrifft die Theilung der Früchte des letzten Jahres zwischen den Erben des verstorbenen Besitzers und dem Fideicommißsuccessor.

Was nun zunächst die natürlichen Früchte betrifft, so ist bereits oben bemerkt worden, daß der Besitzer durch die Separation das Eigenthum an denselben erwirbt[6]). Hinsichtlich der bei dem Tode desselben bereits separirten kann daher kein Zweifel entstehen; sie gehen als allodiale Vermögensstücke auf die Erben des Besitzers über[7]).

---

[6]) S. oben S. 189.

[7]) So auch Gengler, Lehrbuch Anm. zu § 232. Knipschildt (l. c. X n. 56—65) stellt zwar die Behauptung auf, daß bei fructus industriales nicht nur die pendentes, sondern auch percepti zwischen den Erben des letzten Besitzers und dem Fideicommißsuccessor getheilt werden müßten. Die naturales (also im Gegensatz zu den industriales) percepti läßt er dagegen ganz den Erben des verstorbenen Besitzers verbleiben (n. 68 sq.). Für die hinsichtlich der fructus industriales gegebene Entscheidung stützt er sich auf die Bestimmungen des römischen Rechts über die Vertheilung der Früchte der Dotalgrundstücke nach Auflösung der Ehe, indem er bemerkt, daß nach der herrschenden Meinung die hierfür geltenden Principien in allen Fällen zur Anwendung gebracht würden, in quibus fructus ex iure possessoris aestimantur. Allein die Analogie der Dos ist hier gar nicht zutreffend. Wenn man bei dieser nicht den Grundsatz aufgestellt hat, daß dem Ehemann unbedingt die während der Ehe percipirten Früchte gehören, sondern sowohl die Früchte des ersten als des letzten Fruchtjahres, welches zum Theil in die Ehe fällt, pro rata temporis zwischen Mann und Frau vertheilt werden, so ist dabei der Umstand nicht außer Acht zu lassen, daß die Ehefrau niemals aufhört, ein Anrecht an den Dotalsachen zu haben. Der Fideicommißsuccessor erhält das Eigenthum an den Fideicommißgegenständen erst mit dem Tode des Vor-

Zweifelhaft kann nur das Schicksal der zur Zeit des Todesfalls vorhandenen fructus pendentes sein. Hierfür stellen nun die älteren Juristen den Grundsatz auf, sie seien je nach der Zeit, in der sich der verstorbene Inhaber während des letzten Jahres im Besitz des Fideicommisses befunden, zwischen den Erben desselben und den Successoren zu vertheilen[8]). Denselben hat auch von den Particularrechten der Codex Maximilianeus anerkannt, indem es im Th. III. C. 10 § 13 N. 3 heißt: „Pflegt man auf Absterben des Fideicommiss-Inhabers die noch nicht verfallene Fructus Civiles, wie auch Naturales pendentes zwischen gedachten Allodial-Erben und dem Fideicommiss-Folger pro Rata Temporis zu theilen". Eichhorn[9]), Salza[10]) Beseler[11]) und Gengler[12]) wollen für diese Theilung der Früchte die lehnrechtlichen Grundsätze zur Anwendung gebracht wissen. Walter[13]) hält die Analogie des Nießbrauchs für maßgebend; wonach also alle percipirten Früchte, zu denen jedoch auch die durch Thätigkeit des Berechtigten (nicht durch Zufall) separirten gerechnet werden[14]), den Erben des Fideicommißbesitzers gebühren, alle anderen dagegen dem Fideicommißsuccessor zufallen würden.

Da wir in der Lehre des Lehnrechts über die Vertheilung der Früchte nach dem Tode des Vasallen keine positive Vorschrift, vielmehr nur eine Anwendung des altdeutschrechtlichen Grundsatzes vom verdienten Gut haben, wonach der Fruchterwerb als Lohn für die auf die Bestellung des Landes bona fide verwandten Kosten und Arbeit erscheint[15]), so trage ich kein Bedenken,

---

gängers; ein directer Anspruch auf Früchte, die noch während des Lebens dieses separirt worden, würde also jedes Grundes entbehren. Man könnte nur sagen, die Früchte fielen zu einem Theil dem Fideicommisse zu, in welchem Falle die Substanz desselben dadurch vermehrt würde. Dem steht aber wieder der Umstand entgegen, daß die Früchte durch die Separation zu Allod werden. Ganz unbegreiflich ist es mir, wenn Knipschildt die percipirten fructus naturales ganz den Erben des verstorbenen Besitzers verbleiben, die industriales dagegen, auf deren Gewinnung der Besitzer noch Kosten und Arbeit verwendet hat, zwischen ihnen und dem Fideicommißsuccessor theilen läßt.

[8]) Molina l. c. III c. 11 n. 11—15. Knipschildt l. c. X n. 69—73. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 13 N. 2.

[9]) Einleitung § 369 N. I. [10]) Familien-Fideicommiß S. 186 ff.

[11]) System § 176 N. VI. [12]) A. a. O. Anm. zu § 232.

[13]) System § 474. [14]) Vgl. Keller, Pandekten § 173.

[15]) Beseler, a. a. O. § 89 N. III. § 115 N. Ib. — In einem Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom Jahre 1848 (bei Seuffert, Archiv V N. 44) wird die Behauptung aufgestellt, daß rücksichtlich des Fruchtgenusses des Sterbejahrs die Grundsätze allein zur Anwendung kommen könnten, die, abgesehen von der fideicommissarischen Eigenschaft der betreffenden fruchttragenden Grundstücke, hätten zu Grunde gelegt werden müssen. Allein damit ist nichts gesagt. Denn was kommen für ein Grundstück, abgesehen von seiner fideicommissarischen Eigenschaft, für Principien zur Anwendung. Es handelt sich um Herausgabe einer Sache und Auseinandersetzung wegen der Früchte des letzten Jahres. Dies kann,

die Analogie des Lehnrechts für die Theilung der fructus pendentes zwischen den Erben des letzten Besitzers und dem Successor für maßgebend zu halten. Hierbei darf man jedoch m. E., so wenig dies vom longobardischen Recht geschieht, keinen Unterschied zwischen fructus industriales und naturales statuiren. Bekanntlich wird im Lehnrecht unterschieden, ob der Vasall zwischen dem 1. März und 1. September, oder zwischen dem 1. September und 1. März gestorben, und nur im ersten Fall den Allodialerben ein Anspruch auf die Früchte gegeben[16]. In der deutschen Praxis ist statt des zweiten Termins das Ende der Erndte gesetzt[17]; und das muß man natürlich auch für das Recht des Familienfideicommisses festhalten. Rücksichtlich des ersten Termins ist dagegen keine Aenderung eingetreten und so sind wir auch für die Familienfideicommisse zu einer solchen nicht berechtigt, müssen vielmehr sagen, daß nur dann, wenn der Besitzer vor dem 1. März gestorben, die Früchte des Fideicommisses dem Successor zuzusprechen sind. Salza hält es dagegen für unzulässig, einen derartigen feststehenden Termin überhaupt anzunehmen, ist vielmehr der Ansicht, daß der Erbe des Besitzers Anspruch auf die Früchte stets dann habe, wenn der größte Theil der darauf zu verwendenden Arbeit bereits bei Lebzeiten des Besitzers vollendet war. Das gestaltet sich nach ihm bei den verschiedenen Fruchtarten verschieden. War die Arbeit noch nicht vollständig gethan, so spricht er dem Successor das Recht auf die Früchte zu. Allein zu solcher Annahme fehlt es für das Lehnrecht an einem gemeinen Gewohnheitsrecht, und somit für das Recht der Familienfideicommisse an einer Analogie. Gebührt aber nach den angegebenen Grundsätzen dem Successor der Fruchtbezug, so ist, wie das Gleiche für das Lehnrecht gilt[18], den Erben des verstorbenen Besitzers der von diesem auf die Landbestellung gemachte Aufwand zu ersetzen[19].

Die fructus civiles behandeln die älteren Juristen ganz wie die naturales[20]. Ebenso das Bayerische Landrecht, welches jedoch eine Ausnahme

---

wenn das Grundstück kein Fideicommiß ist, vorkommen zwischen Pächter und Verpächter, zwischen Usufructuar und Eigenthümer, zwischen Ehemann und Ehefrau oder deren beiderseitigen Rechtsnachfolgern. Welche hält denn nun das Erkenntniß für die hier anwendbaren?

[16]) II F. 28 § 3.

[17]) Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechts (Hannover 1807) § 411. Eichhorn a. a. O. § 363 N. II.

[18]) Eichhorn a. a. O. § 363 Note l. Beseler a. a. O. § 115 Note 8.

[19]) So auch Knipschildt l. c. X n. 73. Salza a. a. O. S. 187 f. Das Gleiche bestimmt der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 13 N. 4, wo der in N. 3 über die Theilung der Früchte aufgestellte Satz näher durch die Worte bestimmt wird: „Jedoch — andergestalt nicht, als nach Abzug deren pro Cura et Cultura verwendeter Köſten".

[20]) Molina l. c. III c. 11 n. 17. Knipschildt l. c. X n. 66 sq.

macht hinsichtlich der bei dem Ableben des Fideicommißbesitzers bereits verfallenen[21]). Eichhorn[22]), Salza[23]), Beseler[24]) und Gengler[25]) bringen auch hier die Grundsätze des Lehnrechts, und Walter[26]) die des Usufructs analog zur Anwendung. Die Ansicht der ersteren Schriftsteller ist für die einzig richtige zu halten, wie auch das Bayerische Landrecht dem Resultat nach hiermit zum Theil übereinstimmt[27]). Nach dieser Ansicht aber sind zunächst zu unterscheiden Pachtgelder und andere Civilfrüchte. Hinsichtlich der ersteren gilt dasselbe, wie in Betreff der natürlichen Früchte[28]). Bei den anderen aber unterscheidet man, ob ihre Perception an bestimmte Gelegenheiten geknüpft ist oder dieselben nach der Zeit berechnet werden. Ist Ersteres der Fall, wie bei Grundzinsen und Zehnten, so kommt es darauf an, ob der Fideicommißbesitzer diesen Tag erlebt hat, oder nicht. Hat er ihn erlebt, so gebühren die Früchte seinen Erben, hat er ihn nicht erlebt, so erhält dieselben der Successor. Werden die fructus dagegen nach der Zeit berechnet, wie namentlich die Zinsen der zum Fideicommiß gehörigen Capitalien, so werden sie nach der Zeit, während welcher der Besitzer im letzten Jahr das Fideicommiß inne hatte, zwischen den Erben desselben und dem Successor getheilt[29]).

Natürlich kann auch der Stifter Bestimmungen über die Theilung der Früchte zwischen den Erben des Vorbesitzers und dem Successor treffen; und sind solche vorhanden, so hat man sich eben nach diesen zu richten.

Die neueren Particularrechte, welche auf die Frage überhaupt eingehen,

---

Ersterer spricht freilich nur von pensiones; letzterer dagegen von census, decimae, tributa et similes (fructus civiles). Nur hinsichtlich der dem Fideicommiß- (oder Majorats-)Besitzer gebührenden Strafgelder sind beide Schriftsteller der Ansicht, daß sie, wenn die Strafe zu Lebzeiten des letzten Besitzers verwirkt wäre, den Erben desselben gebührten. Doch fordert Molina hierfür außerdem noch, daß das die Strafe festsetzende Urtheil in dem Jahr, in welchem der letzte Besitzer gestorben, gefällt würde, abgesehen von dem Fall, wo malitiose harum litium decisio post annum retardata fuerit. Wenn die Strafe ipso iure irrogatur, so will er zwischen dem Erben und Successor theilen lassen. (Molina l. c. III c. 11 n. 25 sq. Knipschild l. c. X n. 74—78).

[21]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 13 N. 3 (s. S. 413).

[22]) A. a. O. § 369 N. I. [23]) A. a. O. S. 188—190.

[24]) A. a. O. § 176 N. VI. [25]) A. a. O. Anmerk. zu § 232.

[26]) A. a. O. § 474.

[27]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 13 N. 3. Nur hinsichtlich der Pachtgelder muß man nach dem Codex Maximilianeus eine andere Entscheidung treffen, als die, worauf die lehnrechtliche Analogie führt.

[28]) Pufendorf, observationes iur. I n. 189 § 2. Hagemann a. a. O. § 412. Weber, Handbuch des Lehenrechts IV S. 686.

[29]) So hinsichtlich des Lehnrechts Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts § 170. Weber, a. a. O. S. 682—686. Pfeiffer, in Weiske's Rechtslexicon VI S. 510—512.

lassen hier, wie sie dasselbe auch zum Theil beim Lehnrecht anordnen, die für den Nießbrauch geltenden Grundsätze maßgebend sein. So das Preußische Landrecht[30]), das Oesterreichische Gesetzbuch[31]), das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse[32]) und das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858[33]). Diese Grundsätze sind nun für das bayerische[34]) und das hessische Recht die gemeinrechtlichen. Ebenso stimmt damit die Bestimmung überein, welche das Oesterreichische Gesetzbuch über die Theilung der Früchte zwischen Usufructuar und Eigenthümer bei Beendigung des Nießbrauchs giebt, nur daß es dem Usufructuar und dessen Erben das Eigenthum an allen separirten, nicht nur percipirten Früchten zuspricht[35]). Dagegen hat das Preußische Landrecht in dieser Beziehung eigenthümliche Grundsätze aufgestellt. Dasselbe unterscheidet zwischen Grundstücken, mit denen Ackerbau und Viehzucht, und solchen, mit denen keine Landwirthschaft verbunden ist. Für erstere stellt es das Princip auf, daß die Nutzungen des letzten Wirthschaftsjahrs, in

---

[30]) § 212 A. L. R. II, 4: „Wegen der Nutzungen des letzten Jahres, ingleichen wegen der noch vorhandenen Früchte und der noch rückständigen Lasten früherer Jahre, geschieht die Auseinandersetzung zwischen dem Fideicommißfolger und den Erben des letzten Besitzers, nach den bei der Lehre vom Nießbrauche ertheilten Vorschriften".

[31]) A. B. G. B. § 643: „Die Früchte des letzten Jahres werden zwischen den Erben des Vorfahrers und dem Nachfolger im Fideicommisse eben so, wie zwischen dem Fruchtnießer und Eigenthümer (§ 519) getheilet".

[32]) Edict § 74: „Hinsichtlich des Zuwachses, sowie der Theilung der hängenden und ausständigen Früchte zwischen den Allodial-Erben und dem Fideicommißfolger treten, in so ferne nicht hierüber besondere Dispositionen vorhanden sind, die Bestimmungen der bürgerlichen Rechte über die gegenseitigen Verhältnisse des Eigenthümers und Nutznießers ein".

[33]) Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 28: „Hinsichtlich des Zuwachses und der Theilung der Früchte des letzten Jahres, der Verbesserungen und Verschlechterungen des Fideicommisses entscheiden die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Verhältnisse der Nutznießer und Eigenthümer".

[34]) Das Bayerische Landrecht hat im Th. II C. 9 § 4 N. 6 hinsichtlich der bürgerlichen Früchte noch besonders bestimmt: — Fructus — civiles — werden für das letzte Jahr zwischen ihm (scil. dem Usufructuar) und dem Proprietario pro rata getheilt".

[35]) A. B. G. B. § 519: „Nach geendigter Fruchtnießung gehören die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer; doch muß er die auf deren Erzielung verwendeten Kosten dem Fruchtnießer oder dessen Erben, gleich einem redlichen Besitzer, ersetzen. Auf andere Nutzungen haben der Fruchtnießer oder dessen Erben den Anspruch nach Maß der Dauer der Fruchtnießung". Wie Wildner (das Fideicommiß-Recht S. 284—286) hieraus folgern kann, daß nicht nur bürgerliche Früchte, sondern auch natürliche fructus separati zwischen Allodial-Erben des letzten Besitzers und dem Successor zu theilen, vermag ich nicht einzusehen.

welchem der Nießbrauch aufgehört hat, zwischen dem Nießbraucher (oder natürlich dessen Erben) und dem Eigenthümer, unter Anwendung auf das Fideicommißverhältniß also zwischen den Erben des Vorbesitzers und dem Successor nach Verhältniß der Zeit des Besitzes des ersteren getheilt werden[36]). Zu dem Ende ordnet das Landrecht eine Administration des Guts auf gemeinschaftliche Rechnung an[37]), welche aber, wenn die Interessenten sich über einen Verwalter nicht vereinigen können, von dem Nießbraucher oder dessen Erben, hier also von den Erben des letzten Besitzers zu führen ist[38]). War das Grundstück bei Beendigung des Nießbrauchs, und somit auch bei dem Tode eines Fideicommißbesitzers verpachtet, so soll der reine Betrag des Pachtgeldes nach dem gleichen Verhältniß getheilt werden[39]). Bei Grundstücken mit denen keine Landwirthschaft verbunden ist, und in gleicher Weise bei Capitalien werden die Nutzungen bis zum Ablauf des Vierteljahres, in welchem der Nießbrauch aufgehört hat, also auch der Fideicommißbesitzer gestorben ist, zum Vermögen des Nießbrauchers gerechnet[40]), fallen demgemäß

---

[36]) § 144 A. L. R. I, 21: „Es müssen daher auch, bei Landgütern, und anderen nutzbaren Grundstücken, die Nutzungen früherer Jahre dem Nießbraucher gelassen; die des letzteren Wirthschaftsjahres, in welchem der Nießbrauch aufgehört hat, zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer getheilt werden". § 169: „Ist das zum Nießbrauche eingeräumt gewesene Grundstück zwar an sich ein Städtisches, damit aber zugleich Ackerbau und Viehzucht verbunden: so finden die obigen wegen eines Landguts gegebenen Vorschriften, in Ansehung der gesammten, im letzten Wirthschaftsjahre von einem solchen fallenden Früchte und Nutzungen Anwendung". § 166: „Der nach Abzug aller Ausgaben übrig bleibende reine Ertrag wird, nach Verhältniß der vor und nach Endigung des Nießbrauchs verflossenen Zeit, zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher oder dessen Erben getheilt".

[37]) § 151 A. L. R. I, 21: „Ist selbiges ein Landgut: so muß es bis zum Ende des Wirthschaftsjahres, für gemeinschaftliche Rechnung des Nießbrauchers und Eigenthümers verwaltet werden".

[38]) § 152 A. L. R. I, 21: „Können die Interessenten über die Bestellung eines gemeinschaftlichen Verwalters sich nicht einigen; so bleibt die Administration dem Nießbraucher oder dessen Erben, welchen der Eigenthümer nur auf seine Kosten einen Rechnungsführer an die Seite setzen kann". — In den folgenden §§ 153—165 bestimmt das Landrecht in größter Ausführlichkeit, welche Einnahmen zu dem gemeinschaftlichen Ertrage zu rechnen, und welche Ausgaben gleichfalls gemeinschaftlich zu tragen sind.

[39]) § 168 A. L. R. I, 21: „Ist zur Zeit des geendigten Nießbrauchs das Gut verpachtet: so muß der reine Betrag des Pachtgeldes, welcher nach Abzug der § 155 bis 158 beschriebenen Ausgaben übrig bleibt, in eben diesem Verhältnisse getheilt werden".

[40]) § 170 A. L. R. I, 21: „Von Grundstücken, mit welchen keine Landwirthschaft verbunden ist, ingleichen von Gerechtigkeiten und ausstehenden Capitalien, werden alle Nutzungen und Lasten, bis zum Ablaufe des Vierteljahres, in

den Erben des Besitzers zu; und zwar wird hierbei das Jahr vom 1. Juni an gerechnet[41]).

Endlich sind bei der Auseinandersetzung zwischen dem Fideicommißsuccessor und den Erben des letzten Besitzers die Ansprüche der letzteren wegen Verwendungen, die ihr Erblasser auf das Fideicommiß gemacht, und wodurch der Werth desselben erhöht wurde, wie umgekehrt die aus den Deteriorationen entstandene Ersatzverbindlichkeit des Besitzers und somit auch seiner Erben zu berücksichtigen.

Rücksichtlich der Meliorationen sprechen die Juristen den Erben des Besitzers, welcher dieselben vorgenommen, dafür einen Anspruch auf Ersatz gegen den Successor zu[42]). Dasselbe hat das Bayerische Landrecht gethan, indem es im Th. III C. 10 § 15 bestimmt: „Von obverstandenen in Restitutionem kommenden Mehr- oder Besserungen wird 1mo. dasjenige, was hierauf verwendet worden, bey Restituir- und Aushändigung des Fideicommiss abgezogen, und gehet denen Allodial-Erben zu Guten." Allein dieser Satz bedarf einer näheren Bestimmung und Begrenzung.

Zu den Pflichten des Fideicommißbesitzers gehört es, die Verwaltung des Vermögens wie ein bonus pater familias, die von Landgütern also wie ein tüchtiger Landwirth zu führen. Als solcher muß er natürlich diejenigen wirthschaftlichen Verbesserungen, welche allgemein eingeführt sind, auch bei den Fideicommißgütern zur Anwendung bringen. Aber derartige Verbesserungen, selbst wenn dadurch dauernd die Substanz verbessert ist, gehören nicht zu den Meliorationen, wegen deren seine Erben Ersatz von dem Successor fordern können. Vielmehr sind hierher nur außerordentliche Verbesserungen der Fideicommißgüter zu rechnen. So z. B. kostspielige Urbarmachung bisher brachgelegenen Landes, Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen, Anlage von Weinbergen, Forsten, Errichtung neuer Wirthschaftsgebäude, wenn die vorhandenen für das Bedürfniß nicht ausreichten, und Aehnliches. Dasselbe gilt von dem Ankauf von Grundstücken, welche dem Fideicommißgut einen wesentlichen Nutzen gewähren, etwa einer Wiese, wenn von jenem selbst nicht genug Futter für den nothwendigen Viehstand gewonnen wird, nur daß man in diesem Fall den Erben des verstorbenen Besitzers, der solche angeschafft, ohne sie doch dem Fideicommiß zu incorporiren, das Recht zusprechen muß, nach ihrer Wahl

---

welchem der Nießbrauch aufgehört hat, zum Vermögen und Nachlasse des Nießbrauchers gerechnet".

[41]) § 171 A. L. R. I, 21: „In dieser Rücksicht nimmt das Jahr mit dem ersten Junius seinen Anfang".

[42]) Molina l. c. I c. 26 n. 11 sqq. Knipschildt l. c. VIII n. 289 sq. XII n. 95. n. 130 sqq. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 15 N. 1. Westphal, teutsches Privatrecht Th. II Abh. 57 § 18 S. 237. Dalwigk a. a. O. III S. 94. Eichhorn a. a. O. § 369 N. I. Salza a. a. O. S. 190f. Walter a. a. O. § 474. Gengler a. a. O. Anm. zu § 232.

das Grundstück von dem Fideicommiß loszutrennen. Es genügt aber hierbei nicht, daß die Anlagen gemacht sind, sondern die Güter selbst müssen dadurch auch wirklich verbessert sein; auch ist es nothwendig, daß die aufgewandten Kosten mit dem erzielten Vortheil im Verhältniß stehen. Wenigstens wäre für erstere von dem Successor nicht weiter Ersatz zu leisten, als dieselben durch letzteren gedeckt werden, wie ein übermäßiger Aufwand, der die Kräfte des Successors übersteigen würde, gleichfalls nicht zu ersetzen ist[43]). Auch kommt bei der Ersatzpflicht des Successors lediglich der jetzige Werth der Verbesserungen in Betracht, denn in der Bereicherung allein liegt der Grund für die Ersatzverbindlichkeit des Successors. Dagegen ist es auf der anderen Seite gleichgültig, ob der Besitzer das zu den von ihm vorgenommenen Einrichtungen erforderliche Material erst angeschafft oder aus den Producten der Fideicommißgüter genommen hat. Denn auch im letzeren Falle entging ihm der Erlös, den er bei einem Verkauf derselben erhalten haben würde.

Es sind dies dieselben Principien, welche über die Behandlung der Meliorationen bei der Sonderung des Lehns vom Allod in Deutschland sich ausgebildet haben[44]). Und einige Schriftsteller haben auch ganz correct die hierfür aufgestellten Regeln für das Familienfideicommiß einfach für anwendbar erklärt, so namentlich Eichhorn[45]), Maurenbrecher[46]), Beseler[47]) und Walter[48]). Dagegen behandeln Knipschildt[49]) und Kreittmayr[50]) die Meliorationen nicht für sich allein, sondern mit den impensae necessariae und voluptariae zusammen, wobei dann jene als impensae utiles erscheinen, und zwar als solche, die ein bonae fidei possessor auf die von ihm besessene Sache verwendet hat. Ihnen schließt sich in Betreff der Behandlung Salza an. Da der Anspruch der Erben des Fideicommißbesitzers[51]), und derer des verstorbenen Vasallen auf dem Umstand beruht, daß dieser, wie jener als bonae fidei possessor erscheint, jene Juristen auch die oben hervorgehobene, durch die Natur des Fideicommißverhältnisses bedingte, Modification gleichfalls gelten lassen[52]), so kommen sie dem Resultat nach mit dem vorgetragenen überein. Nur in so fern halte ich es nicht für richtig, die impensae necessariae und utiles zusammenzustellen, als in beiden Fällen ganz verschiedene Schuldner da sind. Jene haften auf dem Fideicommiß, erscheinen als Fidei-

---

[43]) Arg. L. 38 De R. V. (6, 1).

[44]) Gabr. Schweder de meliorationibus feudi (disputationes I n. 4) c. 4 sqq. Pufendorf l. c. I n. 183. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen III N. 17 §§ 2—5. Hagemann Landwirthschaftsrecht §§ 404—409. Weber a. a. O. S. 687—696. Pfeiffer a. a. O. S. 505—507.

[45]) A. a. O. § 369 N. I. [46]) Lehrbuch II § 578.

[47]) A. a. O. § 176 N. VI. [48]) A. a. O. § 474.

[49]) L. c. XII n. 95. n. 130—168. [50]) A. a. O. III C. 10 § 15 N 1.

[51]) A. a. O. S. 190—193.

[52]) Die gewöhnlichen von jedem tüchtigen Wirth vorzunehmenden Verbesse-

commißschulden, für diese hat nur der Fideicommißsuccessor aufzukommen, so daß er das Fideicommiß deshalb nicht veräußern noch mit Schulden belasten darf[53]).

Bloße Verschönerungen, welche der Fideicommißbesitzer auf den Gütern vorgenommen, in und an den Gebäuden oder durch Garten-, Parkanlagen und Aehnliches, werden nicht zu den Meliorationen gerechnet, wegen deren die Erben Ersatz von dem Successor beanspruchen dürfen. Hier, wie in allen den Fällen, wo bei wirklichen Meliorationen den Erben dessen, der sie gemacht, nicht voller Ersatz der darauf verwandten Kosten zu Theil wird, steht jedoch den Erben ein ius tollendi zu[54]). Doch auch dieses dürfen sie nur dann ausüben, wenn die Natur der Meliorationen und Anlagen ein solches Wegnehmen überhaupt zuläßt[55]), dasselbe ferner ohne Nachtheil der Güter selbst von Statten gehen kann[56]) und nicht blos zur Chikane geschieht[57]). Auch steht es dem Successor frei, die lediglich zur Verschönerung dienenden Einrichtungen zu behalten, wenn er den Erben den Werth, welchen sie für dieselben nach der Trennung von dem Grundstück, worauf sie sich befinden, haben, ersetzen will[58]).

Ueberall, wo ein Ersatzanspruch der Erben gegen den Successor begründet ist, können jene denselben gegen diesen nicht nur durch eine Klage, sondern auch vermittelst einer exceptio doli geltend machen, welche sie der Eigenthums-

---

rungen kann man unter den impensae modicae und ordinariae, wegen deren Kipschildt (l. c. 183 sq.) und Kreittmayr (a. a. O. III C. 10 § 16) keine Ersatzverbindlichkeit des Successors statuiren, verstehen. Knipschildt giebt an, daß es streitig sei, welche Impensen dazu gehörten. Kreittmayr wendet darauf die Bestimmung des Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 16 N. 3 an, welche keinen Ersatz für den Aufwand stattfinden läßt, der „nur zum Unterhalt des Stands, worin man das Fideicommiss gleich anfänglich empfangen hat", gemacht ist. Dagegen ist Knipschildt der Ansicht, daß darüber das arbitrium iudicis zu entscheiden habe. Das ist m. E. auch das Richtige, nur wird in vielen Fällen das arbitrium iudicis durch ein sachverständiges Gutachten zu ergänzen sein.

[53]) Dalwigk (a. a. O. III S. 94) hat in der That beide Arten der Impensen in der Art mit einander vermischt, daß er nur dann hinsichtlich des zur Verbesserung des Fideicommisses gemachten Aufwands eine Ersatzverbindlichkeit des Successors statuirt, wenn der Aufwand der Art gewesen, daß der Besitzer deshalb das Fideicommiß hätte verschulden dürfen. Eine deartige Befugniß steht diesem eben zum Zweck einer bloßen Verbesserung des Fideicommisses niemals zu. Dalwigk läßt sich hier wieder durch die Particularrechte bestimmen.

[54]) Knipschildt l. c. XII n. 190—193. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 16. Salza a. a. O. S. 193.

[55]) L. 9 De impens. (25, 1). [56]) L. 3 § 4 De in rem vers. (15, 3).

[57]) L. 38 De R. V. (6, 1).

[58]) L. 38 cit.

klage des Successors, womit dieser die Herausgabe des Fideicommißguts fordert, entgegensetzen [59]).

Endlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Ersatzverbindlichkeit des Successors verringert werden kann durch die Anordnung des Stifters, daß alljährlich eine gewisse Summe zu einem Reservefonds abgeführt werde, der zur Deckung der auf Meliorationen verwandten Kosten bestimmt ist. Wogegen die Bestimmung, daß ein jeder Besitzer diesen Aufwand aus den Früchten des Fideicommisses ganz oder bis zu einem gewissen Grade zu bestreiten habe, ziemlich bedeutungslos wäre, weil sich dann ein jeder Besitzer wohl hüten würde, Meliorationen vorzunehmen.

Die hier vorgetragenen Grundsätze hat bereits das Bayerische Landrecht aufgestellt. Dasselbe schreibt nämlich im Th. III C. 10 § 15 vor: — „Es muß aber 2do. nicht nur der Aufwand sondern auch, daß das Fideicommiss würklich dadurch verbessert worden, gnüglich bewiesen werden. 3tio. Wird für die Impensas niemal mehr, als was die Besserung selbst werth ist, passirt. 4to. Schätzt man die Melioration nicht nach der Zeit, da sie beschehen, sondern nach der Zeit, da sie an den Fideicommiss-Successorem restituirt und ausgehändigt wird. 5to. Kann der Fideicommiss-Successor von denen Allodial-Erben nicht nur hierum belangt werden, sondern sie haben auch Ius Retentionis in Fideicommisso bis zu ihrer rechtlicher Befriedigung". Ebenso weiter im § 16: „Jetztbemelter Abzug hat nicht Statt, 1mo. in Expensis mere voluptuariis, als welche zwar salva Fideicommissi substantia von denen Allodial-Erben aufgehoben, aber im Werth niemal gefordert werden können. 2do. In all anderen Aufwand, welcher etwan gar zu excessiv und in Fraudem Successorum — gemacht worden ist". Das Edict vom 26. Mai 1818 stellt den Fideicommißbesitzer dem Usufructuar gleich, der seinerseits als bonae fidei possessor hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz der Impensen angesehen wird. Dasselbe kommt somit dem Resultat nach mit dem Codex Maximilianeus überein; allein mit zwei Ausnahmen. Einmal wird dem Successor das Recht gegeben, von der auf die Meliorationen verwandten Summe, so viel in Abzug zu bringen, als der Fideicommißbesitzer selbst bei seinen Lebzeiten hätte abtragen müssen, wenn er zur Bestreitung jenes Aufwandes eine Fideicommißschuld contrahirt hätte; d. h. für jedes Jahr, während dessen der Besitzer nach Vorname der Meliorationen das Fideicommiß noch inne gehabt, 5% [60]). Sodann ist das durch das Bayerische

---

[59]) L. 16 C. De R. V. (3, 32).

[60]) Edict § 75: „Eben dieses (scil. was in § 74 — s. Note 32 — angeordnet) gilt hinsichtlich der Verbesserungen der Substanz, jedoch mit der Beschränkung, daß der Fideicommiß-Folger hiervon jene Raten abziehen kann, welche der Vorgänger dem § 69 zu Folge, noch während seines Genusses als Rückzahlungsfristen hätte entrichten müssen, wenn er wegen dieser Meliorationen eine Fideicommißschuld contrahirt hätte".

Landrecht den Erben für ihre Ansprüche gegebene Retentionsrecht aufgehoben[61]).

Das Preußische Landrecht bestimmt (im § 211 II, 4): „Wegen der bei der Substanz des Fideicommisses sich selbst ereignenden Verbesserungen, oder Verringerungen, finden eben die Vorschriften Anwendung, welche für die Auseinandersetzung zwischen dem Lehnsfolger und Allodialerben ertheilt worden". In dieser Hinsicht ordnet das Landrecht an, daß ohne Weiteres die Allodialerben nur dann Ersatz vom Lehnsfolger beanspruchen können, wenn ihr Erblasser das Lehn durch Anschaffung eines unbeweglichen Pertinenzstücks verbessert, und selbst in diesem Falle nicht, wenn das Pertinenzstück dem Lehn incorporirt, und diese Incorporirung in das Hypothekenbuch eingetragen ist, sowie, wenn der Erblasser selbst das Pertinenzstück unentgeltlich erworben und den Erben nicht eine Vergütung für dasselbe ausdrücklich vorbehalten hatte[62]). Auch hat der Lehnsfolger, wenn keine Incorporirung stattgefunden, die Wahl, statt der Vergütung den Allodialerben des Vorbesitzers das ius tollendi zu gestatten[63]). Für anderweitige Meliorationen können die Erben des verstorbenen Vasallen unter der Voraussetzung allein Ersatz fordern, daß sich die beiden nächsten Agnaten oder Mitbelehnten zur Vergütung verpflichtet haben, was aber gerichtlich geschehen soll[64]).

---

[61]) Edict § 76: „Den Allodial-Erben steht für den Antheil bey der Früchte-Theilung und für den Ersatz der Meliorationen das Retentions-Recht an dem Fideicommisse nicht zu".

[62]) § 527 A. L. R. I, 18: „Hat der Besitzer das Lehn durch Anschaffung unbeweglicher Pertinenzstücke verbessert, und seine Absicht, dieselben dem Lehne für beständig einverleiben zu wollen, ausdrücklich erklärt: so können die Erben keine Vergütung fordern". § 528: „Doch muß dergleichen Erklärung, wenn das Lehn in Grundstücken besteht, auf den Antrag des Erwerbenden im Hypothekenbuche vermerkt sein; und ist, wenn die Eintragung ermangelt, für die Erben unverbindlich". § 529: „Ist aber das neu erworbene Pertinenzstück so beschaffen, daß es nicht als eine für sich bestehende Sache, sondern nur mit einem andern Gut zugleich benutzt werden kann: so bedarf es zu dessen Einverleibung, weder einer ausdrücklichen Erklärung, noch Eintragung". § 530: „Ist die Einverleibung unentgeltlich geschehen: so können die Allodialerben von dem Lehnsfolger keine Vergütung fordern; wenn der Erblasser ihnen dieselbe nicht ausdrücklich und schriftlich vorbehalten hat". § 532: „Zu eben dieser Vergütung ist er auch dann gehalten, wenn der verstorbene Lehnsbesitzer das untrennbare Pertinenzstück (§ 529) durch einen lästigen Vertrag gegen Entgeld erworben hat".

[63]) § 534 A. L. R. I, 18: „Ist auf vorstehende Art keine Einverleibung erfolgt, so steht es in der Wahl des Lehnsfolgers, ob er dergleichen Pertinenzstück bei dem Lehne behalten, oder den Erben die Zurücknahme desselben gestatten wolle".

[64]) § 543 A. L. R. I, 18: „Andere Verbesserungen des Lehns darf der Lehnsfolger den Erben des vorigen Besitzers in der Regel nicht vergüten". § 544:

Das Oesterreichische Gesetzbuch stellt (im § 641) den Grundsatz auf: „Hat der Vorfahrer zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung des Fideicommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht, wozu er das Fideicommißgut zu verschulden berechtiget gewesen wäre, so muß der Aufwand ersetzt werden. Hierzu sind aber die Nachfolger befugt, ein Drittheil des Fideicommiß-Gutes zu belasten. Die Rückzahlungen werden auf die in dem § 638 vorgeschriebene Art geleistet". Hierbei wird, wie dies auch Wildner[65]) hervorhebt, vorausgesetzt, daß der Besitzer nicht selbst bereits das Fideicommißvermögen bis auf ein Drittel verschuldet hatte, indem, wenn derselbe dies gethan, hierin bereits der Ersatz für den gemachten Aufwand gefunden wird. Die hinsichtlich des Bayerischen Edicts hervorgehobene Befugniß des Successors für jedes Jahr, während dessen der Vorbesitzer nach den gemachten Meliorationen das Fideicommiß noch besessen, 5 % von der durch ihn den Erben desselben zu leistenden Entschädigungssumme in Abzug zu bringen, wird von Wildner[66]) für das österreichische Recht geleugnet, während auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten wurde. Ich halte Wildner's Meinung für richtig, denn wenn auch der Besitzer verpflichtet ist, jährlich 5 % der von ihm contrahirten Schuld abzutragen, so kann man bei dem Schweigen des § 641 über diesen Punkt nicht so ohne Weiteres diese Bestimmung auf den durch den Besitzer selbst aus eigenen Mitteln bestrittenen Aufwand anwenden.

Das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 will den Ersatz der Verbesserungen nach den allgemeinen Bestimmungen über das Verhältniß des Usufructuars zum Eigenthümer beurtheilt wissen[67]) und verpflichtet damit den Successor zum Ersatz aller auf die Substanz gemachten impensae utiles.

Endlich enthält das Braunschweigische Gesetz vom 20. Mai 1858 folgende Bestimmung (im § 4): „Der Stammgutsnachfolger hat für die von dem Vorbesitzer aufgewandten Meliorationen den Allodial-Erben keinen Ersatz zu leisten; in den Fällen aber, in welchen ihm die Aufnahme eines Anlehns

---

„Haben jedoch, zur Vergütung der von dem Vasallen unternommenen Meliorationen, die damaligen zwei nächsten Agnaten oder Mitbelehnten sich verpflichtet; so können die Allodialerben diese Vergütung fordern; wenn gleich andere als die Consentirenden, oder deren Descendenten, zur Succession wirklich gelangen". § 545: „Was für Agnaten oder Mitbelehnte dabei zuzuziehen sind, ist nach den wegen Verschuldung der Fideicommisse vorgeschriebenen Grundsätzen zu bestimmen (Th. 2 Tit. 4 Abschn. 3)". § 548: „Die Regulirung der Sache muß, wenn daraus die § 544 bestimmte Verbindlichkeit für alle Lehnsfolger entstehen soll, gerichtlich geschehen". (Die in § 545 allegirten Bestimmungen des Th. II Tit. 4 s. oben S. 307 f. Note 64.)

[65]) A. a. O. S. 288. [66]) A. a. O. S. 290 f.

[67]) Hessisches Gesetz vom 13. September 1858 Art. 28 (s. Note 33).

zu verstatten ist[68]), steht ihm die Befugniß zu, eigenes Vermögen, unter der Verpflichtung des Nachfolgers zur theilweisen Zurückerstattung, zu verwenden, und soll wegen des Umfangs der Erstattungs-Verbindlichkeit in gleicher Weise Vorsehung getroffen werden, wie wegen allmäliger Abtragung der Schulden. Es ist dabei das in § 3 für Anlehnsaufnahmen vorgeschriebene Verfahren zu beobachten und mit der ertheilten Landesherrlichen Genehmigung das aus der Verwendung eigenen Vermögens zwischen dem Stammgutsbesitzer und seinen Nachfolgern entstehende Verhältniß als rechtsgültig geordnet anzusehen".

Wie die vom verstorbenen Besitzer gemachten Meliorationen den Erben desselben vom Successor zu ersetzen sind, so haben umgekehrt erstere für die Deteriorationen Entschädigung zu leisten, die sich ihr Erblasser hat zu Schulden kommen lassen. Auch das ist von den Schriftstellern allgemein anerkannt[69]) und durch die Particalargesetzgebung ausgesprochen worden[70]). Wir begegnen hier gleichfalls einer Uebereinstimmung des Fideicommißverhältnisses und des Lehns. Die angegebene Verbindlichkeit der Erben des verstorbenen Besitzers folgt aus der Pflicht des Letzteren, das Gut wie ein bonus pater familias zu bewirthschaften und dasselbe seinem Nachfolger ungeschmälert zu hinterlassen. Daraus ergiebt sich auch der Grad der Verhaftung der Erben. Sie haben für jede, durch irgend eine culpa ihres Erblasses entstandene, Verringerung der Substanz des Fideicommisses einzustehen[71]). Hierhin gehören einmal die Fälle, wo wirklich Stücke des Fideicommißvermögens von diesem vollständig losgetrennt sind, aber auch die, wo der Besitzer in der Weise auf die Fideicommißobjecte eingewirkt hat, daß die Ertragsfähigkeit derselben für immer oder auf längere Zeit verringert ist. Und in dem einen,

---

68) S. darüber oben S. 311 Note 74.

69) Molina l. c. I c. 27 n. 1 sqq. Knipschildt XII n. 9. Kreittmayr a. a. O. C. 10 § 12 N. 2. Salza a. a. O. S. 194f. Beseler a. a. O. § 176 N. VI. Gengler a. a. O. Anm. zu § 232.

70) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 12 N. 3. Bayerisches Edict über die Familien-Fideicommisse § 73. § 211 Pr. A. L. R. II, 4. Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 4. Großherzoglich Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 28. Das Oesterr. A. B. G. B. enthält zwar keine directe Vorschrift über den in Rede stehenden Punkt, aber indem es (im § 631) den Besitzer „für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz" nicht haften läßt, so ordnet es damit stillschweigend zugleich an, daß derselbe umgekehrt für die durch seine Schuld entstandenen Verringerungen einzustehen hat.

71) Molina l. c. I c. 27 n. 4 sq. Knipschildt l. c. XII n. 60—64. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 12. N. 2. Salza (a. a. O. S. 195) will verkehrter Weise die Erben nicht für mäßiges Versehen ihres Erblassers haften lassen. Für die durch casus herbeigeführte Verschlechterung des Fideicommisses haben natürlich die Erben nicht einzustehen. Ein solcher Schaden trifft das Fideicommiß: Knipschildt l. c. n. 65—70 Kreittmayr a. a. O. Letzterer und

wie in dem anderen Falle kann die Verringerung des Fideicommißvermögens durch Handlungen oder Unterlassungen des Besitzers herbeigeführt sein.

Handlungen, wodurch einzelne Grundstücke und für unveräußerlich erklärte Mobilien ganz und gar dem Fideicommiß entzogen werden, fallen unter die Veräußerungen. Hierbei hat es nun der Successor nicht bei der Enschädigungsklage gegen die Erben des Veräußerers bewenden zu lassen, sondern das alienirte Stück selbst von dem Besitzer zu vindiciren; thut er dies aber, so beschränkt sich sein Entschädigungsanspruch gegen die Erben des Vorbesitzers auf die etwaigen, ihm durch die Klage erwachsenen, Kosten, deren Wiedererstattung er von dem Besitzer nicht erlangen kann. Bei einem Geldfideicommiß kann man dahin den Fall rechnen, wenn der Besitzer ein Capital ohne gehörige Sicherheit auslieh. Durch Unterlassungen kann der Besitzer z. B. ganze Stücke dem Fideicommiß verloren gehen lassen, wenn er Dämme, welche Theile der Güter vor Ueberschwemmungen schützten, zerfallen ließ, und in Folge dessen jene Theile dauernd unter Wasser gesetzt wurden. Eben dahin würde es gehören, wenn der Besitzer an baufälligen Gebäuden zur Zeit die nothwendigen Reparaturen vorzunehmen unterließ. Bei Geldfideicommissen steht diesen Fällen der gleich, wenn der Besitzer bei eintretender Unsicherheit die Capitalien dennoch nicht kündigte, und nun in der Folge das Capital wirklich verloren ging. Der Fruchtertrag eines Fideicommißguts wird durch Handlungen des Besitzers alsdann verringert, wenn er z. B. sich eine Verwüstung des Holzbestandes oder des Wildstandes zu Schulden kommen ließ; bei Geldfideicommissen ohne Noth das Geld auf unverhältnißmäßig geringe Zinsen auslieh; durch Unterlassungen, wenn der Besitzer den Viehstand der Güter nicht vollzählig, die auf den Grundstücken befindlichen Bewässerungsanlagen nicht in gutem Stande erhielt, bei Geldfideicommissen die nur einen geringen Zinsgenuß gewährenden Capitalien nicht rechtzeitig kündigte, wenn sich eine Gelegenheit zu deren vortheilhafterer Unterbringung darbot. Zu den Deteriorationen der letzteren Art gehört es auch, wenn der verstorbene Besitzer mit den vom Fideicommiß zu zahlenden öffentlichen Abgaben im Rückstande war. Im Allgemeinen kann man sagen, der Fideicommißbesitzer läßt sich Deteriorationen zu Schulden kommen durch Handlungen, wenn er die ihm bei der Benutzung des Fideicommißvermögens zustehenden Befugnisse überschreitet, durch Unterlassungen, wenn er die ihm dabei obliegenden Pflichten nicht erfüllt. In beiden Beziehungen kann ich auf das, was oben darüber bemerkt ist, verweisen[72]).

In allen Fällen, wo nun derartige Deteriorationen vorliegen, ist der Erbe des Besitzers, von dem dieselben herrühren, zum Ersatz des Minderwerthes

---

Molina (l. c. n. 5) lassen, der zu ihrer Zeit noch herrschenden Theorie von der dreigradigen culpa folgend, den Besitzer auch für culpa levissima nicht haften.

[72]) S. oben S. 188 ff. S. 209 ff.

des Fideicommisses verpflichtet. Dagegen haften die Erben immer nur für die von ihrem Erblasser herrührenden Deteriorationen, nicht also die Erben des letzten Inhabers für die von einem früheren angerichteten[73]); denn zu einer Verhaftung für derartige Deteriorationen würde es an jedem Rechtsgrunde fehlen. Eben deshalb müssen wir aber eine Ausnahme von diesem Satz statuiren, wenn der letzte Besitzer entweder wieder Allodialerbe des früheren war, oder derselbe bei der Eintreibung des von den Erben des früheren zu leistenden Ersatzes sich eine Nachlässigkeit hatte zu schulden kommen lassen.

Die Höhe der von den Erben zu leistenden Entschädigungssumme richtet sich natürlich nach dem dem Fideicommiß zugefügten Schaden, so daß also, wenn derselbe z. B. durch den Einsturz eines bereits baufälligen Hauses herbeigeführt ist, von den Kosten der Wiederherstellung das in Abzug zu bringen ist, was ein rechtzeitiger Neubau gekostet haben würde.

Von der Entschädigungssumme ist der Schaden, welchen das Fideicommiß oder die Successoren erlitten, in der zweckmäßigsten Weise durch den Successor wieder gut zu machen, durch Wiederaufführung der zerstörten Gebäude, Wiederherstellung der vernachlässigten Anlagen, Anlegung von Schonungen in den verwüsteten Waldungen, Ergänzung des verringerten Viehstandes und Anderes der Art. Bei einem verloren gegangenen Fideicommißcapital tritt die Entschädigungssumme an die Stelle desselben, bei nur verringertem Zinsgenuß ist jene zur Ergänzung desselben zu dem Betrage, den man bei rationeller Anlegung des Capitals hätte erreichen können, zu verwenden. Hieraus ergiebt sich auch, daß in diesem Falle eine solche Entschädigung zu gewähren ist, die zur Ergänzung jenes verringerten Zinsgenusses auf so lange hinreicht, bis das Capital eingezogen werden kann. Handelt es sich jedoch um Grundstücke oder für unveräußerlich erklärte Mobilien, die dem Fideicommiß verloren gegangen, so hat der Successor die Entschädigungssumme entweder zum Ankauf anderer Sachen der Art zu verwenden, oder auch dieselbe zinstragend anzulegen, je nachdem das eine oder das andere das vortheilhafteste ist. Jene Befugniß steht demselben zu, da der ursprüngliche Gegenstand des Fideicommisses doch zum Theil noch vorhanden ist. Es ist ganz verkehrt, wenn Salza[74]) für das gemeine Recht den Grundsatz des Preußischen Landrechts zur Anwendung bringt, daß das Vergütungscapital stets als Geldfideicommiß dem ursprünglichen Fideicommiß hinzuzufügen ist.

Ueber die Beschaffenheit der Ersatzverbindlichkeit des Erben sind die oben genannten Particularrechte gleichfalls zum Theil eingegangen.

Das Bayerische Landrecht verpflichtet (im Th. III C. 10 § 12 N. 3) den Fideicommißbesitzer und somit auch dessen Erben „den durch merklichen

---

[73]) Knipschildt, l. c. XII n. 78. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 12 N. 2.

[74]) A. a. O. S. 195.

Unfleiß oder gar fürsetzlicher Weis hieran (scil. am Fideicommißgut) verursachten Schaden zu erstatten", läßt somit dieselben für dolus und, wie das auch Kreittmayr[75]) annimmt, für levis culpa haften. In gleicher Weise bestimmt für das heutige bayerische Recht das Edict über die Familien-Fideicommisse (§ 73): „Jeder Fideicommißbesitzer ist verbunden, seinem Nachfolger das Fideicommiß sammt Zugehörungen ohne irgend eine aus seinem Verschulden herrührende Schmälerung zu hinterlassen. Dem Nachfolger haftet demnach die Allodial-Masse seines Vorgängers für jede auf das Fideicommiß sich beziehende Pflichtversäumniß seines Vorgängers, und für jede hieraus entstehende Deterioration oder Verminderung der Substanz".

Das Preußische Landrecht erklärt auch für die Behandlung der Deteriorationen die Principien des Lehnrechts für maßgebend[76]). Im Lehnrecht gilt nun zunächst der Grundsatz, daß, wenn der Besitzer durch Veräußerung von Grundstücken dem Fideicommiß Nachtheil zugefügt hat, eine Ersatzforderung des Successors gegen die Erben jenes nicht stattfinden soll, indem alsdann das betreffende Grundstück selbst zu vindiciren ist[77]). Eine Entschädigungsverbindlichkeit für die Allodialerben des Vasallen ist jedoch dann begründet, wenn die Gebäude durch des letzteren Schuld in Verfall gerathen[78]), ferner „wenn die Waldungen, gegen die Regeln der Forstwirthschaft, durch übertriebene Holzverkäufe

[75]) A. a. O. III C. 10 § 12 N. 2.

[76]) § 211 A. L. R. II, 4 (s. o. S. 422).

[77]) § 554 A. L. R. I, 18: „Hat der letzte Besitzer des Lehn durch Veräußerung unbeweglicher Pertinenzstücke verschlimmert; so hat es bei der dem Lehnsfolger zustehenden Befugniß, diese von dem dritten Besitzer zurückzufordern, sein Bewenden; und der Allodialnachlaß bleibt letzterem zu seiner Schadloshaltung verhaftet".

[78]) § 556 A. L. R. I, 18: „Hat der verstorbene Lehnsbesitzer die Gebäude durch Vernachläſſigung der wirthschaftlich zu machenden Reparaturen, in Verfall gerathen lassen, so müssen die Ausbesserungskosten, nach dem Anschlage der Sachverständigen, aus dem Allodialnachlasse getragen werden". § 560: Wegen der durch Unglücksfälle oder Alter, ohne grobes oder mäßiges Versehen des letzten Besitzers, ruinirten Gebäude, sind die Erben dem Lehnsfolger zu keiner Vergütung gehalten". § 561: Hat aber der Erblasser dergleichen nothwendige Wohn- und Wirthschaftsgebäude länger als Ein Jahr liegen lassen, ohne zu deren Wiederherstellung die nöthigen Anstalten zu treffen; so müssen die Erben dem Lehnsfolger einen verhältnißmäßigen Beitrag dazu leisten". § 562: „Um diesen Beitrag, wenn ein gütliches Einverständniß darüber nicht Statt findet, näher zu bestimmen, muß der ganze Betrag der Wiederherstellungskosten ausgemittelt, und sodann, nach den unten § 585 sqq. folgenden Regeln beurtheilt werden: wie viel der Erblasser, wenn er nach Ablauf eines Jahres ein so hohes Darlehn zur Wiederherstellung aufgenommen und verwendet hätte, darauf, während der nachherigen Zeit seines Besitzes aus den Lehnseinkünften hätte zurückzahlen müssen".

dergestalt verwüstet worden, daß daraus eine Verminderung auf geraume Zeit, und wenigstens Zwanzig Jahre hinaus, an dem Ertrage des Lehns entstanden ist"[79]); so wie, wenn durch die Verwüstung anderer „Rubriken" „der Ertrag des Lehns eine solche dauernde Verminderung erlitten hat"[80]); ebenso, „wenn wegen vernachlässigter Unterhaltung der Dämme und anderer Wasserbaue, eine fortwährende Deterioration durch Ueberschwemmungen oder Versandungen entstanden ist"[81]). Dagegen „kann den Allodialerben für andere aus vernachlässigter Cultur, oder sonstiger unwirthschaftlicher Benutzuug angeblich entstandenen Verringerungen kein Ersatz abgefordert werden"[82]). Das von den Allodialerben zu gewährende „Vergütungscapital muß dem Lehne zugeschlagen, und als ein Geldlehn belegt werden[83]). Dergleichen Geldlehn verfällt auf alle Agnaten und Mitbelehnte, nach eben der Ordnung, wie dieselben zur Succession in dem Hauptlehne gelangen"[84]).

Das Braunschweigische Gesetz vom 20. Mai 1858 ordnet (im § 4) an: „Für Deteriorationen sind die Allodialerben des Vorbesitzers des Stammguts nur insoweit verhaftet, als solche durch Absicht oder grobes Verschulden entstanden sind".

Das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 (Art. 28) läßt auch hinsichtlich des Verschlechterungen des Fideicommisses die „allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Verhältnisse der Nutznießer und Eigenthümer" entscheiden, und spricht es somit aus, daß der Besitzer für omnis culpa haftet.

Dasselbe ist für das Oesterreichische Gesetzbuch zu sagen, da dieses den Besitzer nur von der Verhaftung für die ohne sein Verschulden eingetretene Verminderung der Substanz freispricht[85]).

Ganz wie beim Lehn[86]), so ist es auch beim Familienfideicommiß selbstverständlich, daß wenn sich Meliorationen und Deteriorationen zugleich vor finden, die gegenseitigen Forderungen der Erben und des Successors zu

---

[79]) § 564 A. L. R. I, 18.

[80]) § 571 A. L. R. I, 18.

[81]) § 572 A. L. R. I, 18.

[82]) § 563 A. L. R. I, 18.

[83]) § 566 A. L. R. I, 18.

[84]) § 567 A. L. R. I, 18.

[85]) A. B. G. B. § 631. Demgemäß giebt auch Wildner (a. a. O. S. 140ff.) über die Deteriorationen lediglich die gemeinrechtlichen Grundsätze.

[86]) S. hierüber Beseler (a. a. O. § 115 a. E.), der (Note 22) mit Recht bemerkt, daß es sich hier um eine ganz naturgemäße Anwendung der Compensation handele, und es daher nicht nöthig sei, sich für die Zulässigkeit derselben auf den Gerichtsgebrauch zu berufen.

compensiren sind[87]). Das hat von Particularrechten das Preußische Landrecht für das Lehn und demzufolge auch für das Familienfideicommiß festgesetzt[88]).

---

[87]) So auch Knipschildt l. c. XII n. 203. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 15 N. 2. Salza a. a. O. S. 195.

[88]) § 575. A. L. R. I, 18: „In allen Fällen, wo der Allodialerbe für eine durch die Schuld des Erblassers entstandene Lehnsverringerung haften muß, kann er die von dem Erblasser gemachten und noch vorhandenen Meliorationen, wenn er auch sonst dafür nach obigen Grundsätzen (§ 543 sqq.) keine Vergütung fordern könnte, auf den zu ersetzenden Betrag compensiren“.

Viertes Capitel.

Untergang des Familienfideicommisses.

§ 24.

Erlöschen des einzelnen Familienfideicommisses.

Ein jedes Rechtsverhältniß wird aufgehoben durch den Wegfall des Subjects, sowie den Untergang des Objects. Das gilt auch von einem Fideicommißverhältniß. Es erlischt dasselbe mit seinem Subject d. h. mit der Familie, für welche es gestiftet war; und ebenso mit dem Untergang des Objects d. h. der Sachen, welche seinen Gegenstand bildeten.

Ist die zum Fideicommiß berufene Familie ausgestorben, so kann natürlich von einem Familien-Fideicommiß nicht mehr die Rede sein, mit dem Tode des letzten successionsfähigen Familiengliedes hört die Fideicommißqualität der zu jenem gehörigen Güter auf, und diese werden damit wieder dem freien Verkehr übergeben. Weil nun aber die Güter in der Hand des letzten Besitzers zu Allod werden, so kann dieser auch, da jetzt das Veräußerungsverbot wirkungslos geworden[1]), inter vivos und mortis causa über dieselben verfügen, und in Ermangelung einer testamentarischen Anordnung werden sie nach den Regeln der gewöhnlichen Intestaterbfolge auf dessen Verwandte übertragen. Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß der Stifter nicht selbst für diesen Fall eine Verfügung über das Schicksal des zum Fideicommiß gewidmeten Vermögens getroffen hat. Hierüber sind nun fast alle Juristen einig[2]); und auch durch

---

[1]) Es ist Niemand mehr da, zu dessen Gunsten dasselbe besteht, und der es geltend machen könnte.

[2]) Fusarius de fideicommissaria substitutione qu. 551. qu. 735. **Knipschildt**, de fideicommissis familiarum XI n. 440. **Stryck**, de cautelis testament. c. 5 m. 3 § 2. c. 21 m. 2 § 22. **Lauterbach**, collegium pandect. (vol. II) l. 36 t. 1 § 25. **Kreittmayr**, Anmerkungen III C. 10 § 11. **Runde**, deutsches Privatrecht § 696. **Dalwigk**, Erbrecht III S. 105. **Eichhorn**, Einleitung § 371 N. I. **Salza**, Familien-Fideicommisse S. 233. **Be-**

die Gesetzgebung ist dies anerkannt worden; so durch das Bayerische Landrecht[3]), und für das heutige bayerische Recht durch das Edict über die Familien-Fideicommisse[4]), durch das Preußische Landrecht[5]), das Oesterreichische Gesetzbuch[6]), das Braunschweigische Gesetz vom 20. Mai 1858[7]), das großher-

seler, System § 176 N. VIII. Hillebrand, Lehrbuch § 70 a. E. Gerber System § 84 a. E. Gengler, Lehrbuch § 58 N. 6. Walter, System § 476 N. I. Da man das, was Vollgraff (vermischte Abhandlungen Bd. I — Marb. 1822 — S. 119ff.) über die Stammgüter sagt, auch als von den Familien-Fideicommissen gemeint betrachten kann, so ist er allerdings abweichender Ansicht. Er giebt dem „wahrscheinlichen ultimus suae gentis" nicht die Befugniß über das Stammgut zu disponiren, eben so wenig will er dieses den Inlestaterben desselben zufallen lassen; vielmehr soll nach ihm das Gut „dem in der Idee seither als alleiniger Eigenthümer fort existirt habenden ersten Stifter wieder anheim" fallen und nun an seine noch übrigen Nachkommen nach gemeinem Intestat-Erbfolgerecht gelangen.

[3]) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 21: — „Erlöscht solches (scil. Fideicommiß) — 3tio. durch gänzlichen Abgang derjenigen, welche von dem primo Fideicommittente dazu beruffen seynd." § 11: „Ist der Fideicommissarius der letzte von jenen, welche zum Fideicommiss beruffen seynd, so wird solches wie all anderes Allodial- und eigenthumliches Gut angesehen". Vgl. § 24 N. 4, wo die Alienation für gültig erklärt wird, „die von dem allerletzten Substituto vorgenom men wird".

[4]) Edict § 93: „Das Fideicommiß im Ganzen wird aufgelöst — 5) durch den Abgang der zur Succession berufenen Nachkommenschaft". § 99: „Wenn der letzte Besitzer keine zur Fideicommmiß-Folge berufene und fähige Nachkommenschaft hinterläßt, auch für diesen Fall Niemand in das Fideicommiß substituirt ist, so genießt derselbe das Recht, darüber von Todeswegen frey zu disponiren, und es tritt, wenn er hiervon keinen Gebrauch macht, nach seinem Absterben die gemeine Intestat-Erbfolge ein". Hinsichtlich der durch königliche Dotation gegründeten Familienfideicommisse bestimmt § 92: „Der fideicommissarische Verband wird in Ansehung einzelner Theile des Fideicommisses aufgelöst — 5) durch Abgang des Mannes-Stammes, wenn das Fideicommiß aus einer Königl. Dotation entstanden ist". § 100: „Bei jeder Auflösung eines Fideicommisses fällt das aus einer Königl. Dotation herrührende Vermögen an den Staat zurück".

[5]) § 189 A. L. R. II, 4: „Wenn die gesammte männliche Descendenz eines Fideicommiß-Stifters erlöscht; und derselbe zum Besten seiner weiblichen Nachkommen nichts verordnet hat: so wird das Fideicommiß in den Händen des letzten männlichen Descendenten freies eigenthümliches Vermögen".

[6]) A. B. G. B. § 645: „Das Fideicommiß erlischt, — wenn alle in dem Stiftbriefe berufenen Linien, ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft, ausgestorben sind. In dem letzteren Falle vereiniget sich das Obereigenthum mit dem Nutzungseigenthum, und der Besitzer kann nach Willkür über das Fideicommiß verfügen".

[7]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 8: „Die Stammguts-Qualität erlischt 1) bei erfolgendem Aussterben aller durch die Stiftung zur Succession berufenen Personen. — Erlischt die Stammguts-Qualität, oder wird sie aufgehoben,

zoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858[8]) und das Sächsische Gesetzbuch[9]).

Natürlich sind die von dem letzten Familiengliede über die Fideicommißobjecte getroffenen Verfügungen noch nicht von Hause aus unumstößlich gültig, sondern sind unter der Bedingung zu verstehen, daß derselbe nicht noch einen Successor erhält, sondern auch wirklich als letzter Besitzer stirbt[10]). Er-

so unterliegt das bisherige Stammgut — der freien Disposition des letzten Besitzers, und wenn derselbe keine Verfügung darüber getroffen hat, der — Intestatsuccession —".

[8]) Hessisches Ges. vom 13 September 1858 Art. 29: „Ein Familien-Fideicommiß wird aufgelöst — 2) durch den Abgang aller zur Nachfolge berufenen Anwärter". Ueber die weiteren Voraussetzungen der Verfügungsfreiheit des letzten Besitzers bestimmt Art. 30: „Die Erlöschung des Fideicommisses ist durch eine nach vorheriger Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen zu erlassende Verfügung des im Art. 6 bezeichneten zuständigen Gerichts auszusprechen und im Grundbuche, beziehungsweise in dem, in den Art. 37 und 39 des Gesetzes vom 21. Februar 1852, die Erwerbung des Grundeigenthums u. s. w. betreffend, vorgeschriebene Verzeichnisse und in Rheinhessen auch in dem Transscriptionsregister zu wahren. Sobald dieses geschehen ist, geht der Bestand des Fideicommiß-Vermögens in das freie Eigenthum des letzten Besitzers über, vorbehältlich der Rechte der Gläubiger, so wie der im Art. 24 bezeichneten Rechte der Nachgeborenen und Wittwen".

[9]) B. G. B. § 2540: „Das letzte auf die Anwartschaft berechtigte Mitglied der Familie ist zur freien Verfügung über den mit der Anwartschaft belegten Gegenstand sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall berechtigt".

[10]) Salza a. a. O. S. 233 ff. Gerber a. a. O. § 84 Note 20. Gengler a. a. O. Phillipps (Grundsätze II § 190) will dem letzten Besitzer nur letztwillige Verfügungen über die Fideicommißgüter gestatten. Salza hat eine weitläufige Untersuchung darüber angestellt, ob dem letzten Besitzer auch Verfügungen unter Lebenden oder nur auf den Todesfall gestattet seien, wobei er sich freilich schließlich für das Erstere entscheidet. Gerber bemerkt, daß Verfügungen von Todeswegen die einzig sicheren seien. Allein das ist inconsequent. Bei der in einer Verfügung von Todeswegen niedergelegten Willenserklärung des letzten Besitzers ist es eben so wenig sicher, daß sie Erfolg haben werde, als bei der in einem Geschäft unter Lebenden liegenden. Die Wirksamkeit jener ist eben so wohl, als die dieser dadurch bedingt, daß nicht noch nachträglich ein Successor erscheint. Nur in so fern kann man mit Rücksicht auf die vorliegende Frage zwischen beiden Arten von Verfügungen einen Unterschied statuiren, als eine Verfügung von Todeswegen schon ihrer Natur nach erst mit dem Tode des Testators wirksam wird, während bei Geschäften unter Lebenden regelmäßig sofort der Erfolg eintritt. — Salza und Gerber wollen die Thatsache, daß ein Fideicommißinhaber wirklich letzter Besitzer sei, durch Edictalcitation constatiren lassen. Allein nach gemeinem Recht ist eine solche nur für bestimmte Fälle, und nicht in dem vorliegenden, zulässig. Trotz der Edictalcitation, wenn der Richter sie auch wirklich erlassen haben sollte, würde der An-

scheint nachträglich ein solcher, sei es daß dem Besitzer selbst ein Sohn geboren wird, oder daß ein Agnat, der verschollen war, wieder zum Vorschein kommt, so zeigt es sich, daß zur Zeit der Alienation das Familienfideicommiß noch nicht wegen Mangels des Subjects erloschen und das Veräußerungsverbot noch in Kraft war. Es ist alsdann eben so wenig Eigenthum auf den Erwerber übergegangen, als wenn Jemand eine fremde Sache, welche er irrthümlich für seine eigene hielt, veräußerte. Das Badische Landrecht freilich giebt, obwohl es durch das Aussterben des Mannesstamms das Fideicommiß untergehen läßt[11]), doch dem letzten Besitzer nicht die Befugniß, über die zu demselben gehörigen Güter frei zu verfügen, sondern trifft selbst für diesen Fall eine ganz positive Bestimmung zu Gunsten der weiblichen Verwandten[12]).

Ein Punkt ist jedoch hierbei sehr bestritten. Wir sprachen von dem letzten successionsfähigen Familiengliede. Es fragt sich aber, ob diese Eigenschaft bereits dem letzten vom Mannesstamme zukommt, oder noch weiter vorausgesetzt wird, daß außer ihm überhaupt keine Familienglieder mehr, weder agnatische noch cognatische vorhanden sind. Dabei sehen wir natürlich ganz von dem Falle ab, wo sich hierüber eine Bestimmung des Stifters findet, sei es nun eine directe oder auch eine indirecte, wie sie in der Berufung der cognatischen Verwandten nach dem Erlöschen des Mannesstamms oder in der Anordnung liegt, daß die Frauen zugleich mit den Männern zur Succession gelangen sollen. Alsdann aber fällt die hier aufgeworfene Frage mit der bereits früher erörterten zusammen, ob die Frauen nach dem Aussterben des Mannesstamms überhaupt zur Succession gelangen. Wie diese Frage ver-

wärter doch nicht präcludirt werden, sondern könnte stets sein Recht geltend machen. Das natürlich ist dem Besitzer unbenommen, eine Todeserklärung gegen verschollene Agnaten auszuwirken, allein diese ist nur gegen bekannte Anwärter zulässig.

[11]) Badisches Landrecht Art. 577 cs.: „Das Stammgut verliert diese Eigenschaft, — wenn der erbberechtigte Mannsstamm ausgestorben ist, ohne daß ein anderer Stamm etwa durch ältere Verträge und Verkommnisse ein einstmaliges Erbrecht auf solchen Fall hätte“.

[12]) Badisches Landrecht Art. 577 cu.: „Nach Erlöschung der Stammgutseigenschaft erben die vorhandenen weiblichen Familienglieder und zwar, wenn die Familienverträge nicht Maas und Ziel geben, so, daß alle Abkömmlinge einer Familientochter, deren erste Ausschließung vom Erbe durch den Eintritt eines männlichen Stammerben in das Erbe, woran sie mit ihm würde Theil gehabt haben, wenn es gemeines Erbe gewesen wäre, nicht über dreißig Jahr rückwärts, von der Erlöschung an, fällt, so gut als die etwa vorhandenen Töchter des letztverstorbenen Besitzers ins Erbe treten, und ohne Unterschied der Nähe des Grads nach Stämmen und Unterästen, und endlich in jedem Unterast nach Köpfen theilen, zugleich aber auch alle noch unbezahlte und unverjährte Schulden der vorigen Stammerben zahlen müssen, sie mögen Stammschulden oder gemeine gewesen sein“.

neint werden mußte[13]), so müssen wir auch mit Rücksicht auf die hier gestellte sagen, daß die Fideicommißgüter in der Hand des letzten Mitgliedes vom Mannesstamm zu Allod werden, wenn auch noch cognatische Verwandte vorhanden sind[14]), und zwar wieder ohne Unterschied, ob es sich um ein adeliges oder nichtadeliges Familienfiideicommiß handelt.

Das Familienfideicommiß erlischt aber auch durch Untergang des Objects sämmtlicher Gegenstände, auf denen dasselbe beruhte[15]). Ein gänzlicher Untergang ist freilich bei den Familienfideicommissen, die aus Grundstücken bestehen, nicht gut möglich, undenkbar ist er jedoch nicht, da ja ein an der See liegendes Gut vollständig und dauernd unter Wasser gesetzt werden kann. Allein einem solchen Untergang ist der Fall gleich zu setzen, wenn ein Grundstück durch Naturereignisse so verwüstet wird, daß dessen Urbarmachung nur durch einen Kostenaufwand möglich wäre, der den Werth des Gutes selbst überstiege. Bei den aus anderen Gegenständen bestehenden Familienfideicommissen, namentlich bei einem Geldfideicommiß ist völliger Untergang des Objects viel eher zu besorgen. Einige Schriftsteller[16]) lassen durch den Untergang des Objects nur dann das Fideicommiß zu Grunde gehen, wenn jener ein zufälliger Untergang; war er dagegen durch dolus oder culpa eines Besitzers herbeigeführt, so nehmen sie an, daß dieser alsdann den Verlust zu ersetzen habe, in welchem Falle die Entschädigungssumme an die Stelle der ursprünglichen Fideicommißgüter trete. Ebenso erlösche das Fideicommiß, wenn

---

[13]) S. oben S. 340 ff.

[14]) Zu diesem Resultat gelangt auch in einer eingehenden Untersuchung Pfeiffer, vermischte Aufsätze S. 61—88.

[15]) Knipschildt l. c. XVI n. 11—15. Salza a. a. O. S. 232. Nach Knipschildt geht ein Fideicommiß auch unter durch Eviction der Fideicommißobjecte (n. 85). In Wahrheit existirte hier aber gar kein Fideicommiß, da durch die mit Erfolg durchgeführte Vindication gezeigt wird, daß die Sache nicht dem Stifter gehörte, er also daraus auch kein Fideicommiß errichten konnte. Ebenso lassen die älteren Juristen ein Fideicommiß erlöschen durch Usucapion des Gegenstands, wenn dieselbe bereits bei Lebzeiten des Stifters begonnen, und nicht nachträglich unterbrochen wurde: Molina, de Hispan. primog. III c. 14 n. 4. Peregrinus, de fideicommissis art. 41. n. 18. Fusarius l. c. qu. 528 n. 1 sqq. Knipschildt l. c. XVI n. 86. Kreittmayr a. a. O. III C. 10 § 21 N. 4. Und dasselbe ist ausgesprochen durch den Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 21: — „Erlöscht solches (scil. Fideicommiß) — 6to. Durch vollstreckte Verjährung, wenn solche schon bei Lebzeiten des Fideicommittentis, oder gar schon vorhero angefangen worden". In diesem Falle kann man aber auch nicht von Erlöschen des Fideicommisses reden, da es gar nicht in's Leben getreten. Denn mit dem Ergreifen des Besitzes durch den zuerst Berufenen würde eine usurpatio eintreten.

[16]) Knipschildt l. c. XVI n. 16. Wildner, das Fideicommiß-Recht S. 339 f. Salza a. a. O. S. 232.

sein Gegenstand zwar durch Schuld des Besitzers zu Grunde gegangen, dieser aber nicht zahlungsfähig sei. Hierbei fragt es sich nun, ob in der That, wenn aus diesem oder irgend einem anderen Grunde dem Fideicommiß sein Gegenstand entzogen, aber so, daß dafür ein Aequivalent gegeben wird, die Fideicommißqualität auf dieses Aequivalent übergeht. Die Frage ist viel practischer, als in dem hier behandelten Fall des durch einen Besitzer verschuldeten Untergangs des Fideicommißobjects in dem einer nothwendigen Veräußerung, einer die Fideicommißgüter treffenden Zwangsenteignung; denn dieser sind die Fideicommißgüter eben so, wie jedes andere Vermögensobject unterworfen[17]). Daß nun das Aequivalent an die Stelle des ursprünglichen Fideicommißobjects tritt, und somit von der Fideicommißqualität ergriffen wird, ist unbedingt als dem Geiste der Stiftung gemäß anzunehmen. Es läßt sich allerdings nicht behaupten, daß eigentlicher Gegenstand des Fideicommisses nicht die vom Stifter dazu gewidmeten Güter, sondern der Werth derselben sei; vielmehr wollte der Stifter gerade durch diese Güter seinen Zweck erreichen, das Ansehen und den Glanz der von ihm bedachten Familie erhalten. Aber immer sind diese Güter doch für ihn nur ein Mittel, und es ist nicht anzunehmen, daß wenn durch dieses Mittel der Zweck unmöglich erreicht werden konnte, er ihn lieber gar nicht, als durch ein anderes, dem von ihm gewählten ähnliches Mittel erreichen wollte. Zu demselben Resultat gelangen wir bei der Zwangsenteignung, wenn wir nicht von dem Wesen der Stiftung ausgehen, sondern die bei der Expropriation maßgebenden Grundsätze in Betracht ziehen[18]). Durch das Institut der Zwangsenteignung wird allerdings den Privaten Eigenthum, wie sonstige Rechte, im Interesse des öffentlichen Wohls entzogen, aber nur gegen vollständige Entschädigung. Wird daher eine Sache expropriirt, so ist nicht nur dem Eigenthümer der wahre Werth derselben zu ersetzen, sondern es ist auch allen denen Entschädigung zu gewähren, welchen selbständige Rechte an dieser Sache zustehen[19]). Das ist natürlich auch bei der Zwangsenteignung von Fideicommißsachen festzuhalten. Eigenthümer derselben ist zwar der zeitige Besitzer; allein jeder Anwärter hat ein selbständiges Recht an ihnen, welches er mit dem Eintritt des ihm gesetzten dies, d. h. dem Todestage des Vorgängers geltend machen kann, und welches ihm durch keine Handlung des letzteren entzogen werden darf. Diesen Anwärtern ist daher, ganz wie dem Eigenthümer selbst, d. h. dem jetzigen Besitzer, voller Ersatz für die ihnen entzogenen Rechte zu gewähren. Dies könnte man nun

[17]) S. oben S. 229.

[18]) Auf diese beiden Punkte macht bereits Beseler, der bei einer nothwendigen Veräußerung das Familienfideicommiß an dem Aequivalent fortbestehen läßt, aufmerksam (a. a. O. § 176 N. VI in der 2. Aufl., wo er ausdrücklich die in der 1. Aufl. vertretene entgegengesetzte Meinung zurückgenommen hat).

[19]) Vgl. Beseler a. a. O. § 92 N. III. Gerber a. a. O. § 174b.

in der Weise bewerkstelligen wollen, daß man den sämmtlichen lebenden Familiengliedern, dem Besitzer, wie den Agnaten, eine Entschädigung gäbe, die den ihnen entzogenen oder muthmaßlich zu entziehenden Nutzungen aus dem Fideicommiß entspräche. Allein damit würde man noch nicht allen Ansprüchen gerecht werden, denn dasselbe Recht, welches die jetzt lebenden Familienglieder haben, gebührt auch den zukünftigen. Diese sind nämlich durch die ihren Ascendenten gewährten Entschädigungen an sich noch nicht wegen ihrer Ansprüche am Fideicommiß für abgefunden zu halten, sondern nur dann, wenn sie deren Erben geworden sind; entsagen sie der Erbschaft derselben, so bestehen ihre Ansprüche fort. Das einzige Mittel, diesen erst in der Zukunft entstehenden Familiengliedern gerecht zu werden, ist dies, daß man der gewährten Entschädigungssumme dieselbe Qualität beilegt, welche das expropriirte Object hatte, d. h. Fideicommißqualität. Dafür, daß dies geschehe, ist von Staatswegen zu sorgen. Die Entschädigungsgelder sind dem zeitigen Fideicommißbesitzer nicht eher auszuhändigen, als bis derselbe genügende Sicherheit dafür bietet, daß dieselben dem Fideicommiß erhalten werden. In welcher Gestalt dies jedoch geschehe, das muß man, da der ursprüngliche Gegenstand des Fideicommisses nicht mehr existirt, dem jetzigen Besitzer überlassen. Man darf denselben namentlich nicht, weil das ursprüngliche Fideicommißobject ein Grundstück war, zum Ankauf eines neuen, oder wenigstens zur hypothekarischen Anlegung der Gelder verpflichten. Ja ich möchte den Besitzer zu Ersterem nicht einmal für befugt halten, bin vielmehr der Ansicht, daß bei eingetretener Zwangsenteignung, das ursprüngliche Grundfideicommiß sich in ein Geldfideicommiß verwandelt, wofür auch hinsichtlich der ersten zinstragenden Anlegung der Capitalien, die gewöhnlichen Grundsätze maßgebend sind. Die vom Besitzer zu leistende Sicherheit, deren ich eben gedachte, wird nach der Verschiedenheit der Anlegung des Geldes eine verschiedene sein. Leiht derselbe das Geld auf Hypotheken, so bedürfte es einer besonderen Cautionsleistung nicht, es wäre lediglich der Nachweis zn führen, daß die Hypotheken für das Familienfideicommiß erworben. Dagegen hätte die Staatsbehörde auf jene zu dringen, selbst ohne daß die Anwärter eine solche ausdrücklich verlangten, wenn er Staatspapiere anschaffen wollte. Diese Ansicht findet sich bereits vertreten in einem Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck vom 28. Sept. 1850[20]), wo vorausgesetzt wird, daß die bei einer Zwangsenteignung gewährten Entschädigungsgelder an die Stelle der expropriirten Fideicommißgüter treten.

Natürlich gilt das hier Gesagte nicht nur von dem Fall, wo der ganze Gegenstand des Fideicommisses diesem entzogen, aber dafür eine Entschädigung gewährt ist, sondern auch von dem, wo dies nur hinsichtlich einzelner Theile der Fideicommißgüter eingetreten ist. Doch halte ich in diesem Fall den Besitzer für berechtigt, wenn die Gelegenheit sich dazu darbietet, und es im Interesse

---

[20]) Seuffert, Archiv XI N. 68.

des Fideicommisses liegt, die Entschädigungssumme auch zum Ankauf von Grundstücken zu verwenden. Denn hier ist der ursprüngliche Charakter des Fideicommisses trotz der Expropriation gewahrt.

Von den Particularrechten enthält das Bayerische Edict über die Familienfideicommisse eine Bestimmung nicht gerade über den in Rede stehenden Punkt, aber doch über einen verwandten Fall, nämlich die durch gemeinsames Einverständniß des Grundherrn und des Grundholden erfolgte Ablösung der zum Fideicommiß gehörigen grundherrlichen Rechte[21]). Hierfür ordnet es an, daß das Ablösungscapital hauptsächlich „zum Ankauf fruchtbringender Realitäten verwendet", bis dies aber geschehen, „gegen hypothekarische Sicherheit verzinslich angelegt" werde[22]).

Daß durch den gänzlichen Untergang des Objects des Fideicommisses letzteres selbst zu Grunde geht, ist auch particularrechtlich anerkannt worden. So durch das Bayerische Landrecht[23]), und das Edict über die Familien-Fideicommisse[24]), sowie das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch[25]).

Ein vollständiger Untergang des Objects des Fideicommisses, d. h. ein Verlorengehen des ersteren für das letztere tritt auch ein in Folge eines Zwangsverkaufs sämmtlicher Güter für die Fideicommißschulden, eine Möglichkeit, die nicht weniger nach gemeinem Recht, wie nach den Particularrechten eintreten kann. Einige der letzteren haben diese Erlöschungsart des Familienfideicommisses noch besonders hervorgehoben, nämlich das Braunschweigische Gesetz vom 28. März 1837[26]), und vom 20. Mai 1858[27]), und des großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858[28]).

---

21) Edict § 67 (s. o. S. 284 Note 266).

22) Edict § 68 (s. ebendas.).

23) Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 21 N. 2: „Erlöscht solches durch den totalen Untergang der Sach, welcher das Fideicommiss anhangt".

24) Edict § 93: „Das Fideicommiß im Ganzen wird aufgelöst: 1) durch Untergang des ganzen Fideicommiß-Vermögens". Das Edict hält es noch für nöthig festzusetzen, daß der fideicommissarische Verband in Ansehung derjenigen Stücke aufgelöst wird, welche „durch einen Dritten als sein Eigenthum vindicirt worden". Die gleiche Bestimmung hat auch das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 getroffen, indem es im Art. 29 verordnet: „Ein Familien-Fideicommiß wird aufgelöst durch Entwährung".

25) A. B. G. B. § 645: „Das Fideicommiß erlischt, wenn es zu Grunde geht".

26) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 25: „Die Stammgutsqualität erlischt, wenn das Stammgut im Wege einer nothwendigen Subhastation verkauft wird".

27) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 8 N. 3 (mit dem eben citirten § 25 des Gesetzes von 1837 gleichlautend).

28) Hessisches Ges. vom 13. September 1858 Art. 29: „Ein Familien-Fidei-

Ein anderweitiger Verkauf der sämmtlichen zum Familienfideicommiß gehörigen Güter hat dagegen nach gemeinem Recht niemals die Wirkung, das Fideicommiß aufzulösen, da er selbst nichtig ist; wohl aber nach den Particularrechten, welche die Veräußerung von Fideicommißobjecten unter gewissen Voraussetzungen gestatten, wenn nur diese gewahrt sind. Demzufolge hat das Badische Landrecht (im Art. 577 cs.) bestimmt: „Das Stammgut verliert diese Eigenschaft, wenn es außer der Familie ordnungsmäßig veräußert wird."

Das Bayerische Edict (§ 93 Nr. 3) läßt das Fideicommiß auch aufgelöst werden „durch Verminderung unter die zur Errichtung" eines solchen „erforderliche Summe des Grund-Vermögens". Hierbei wird jedoch unterschieden, ob diese Verminderung durch die Schuld des Besitzers oder ohne solche eingetreten. Ist Letzteres der Fall, so wird das Fideicommiß vernichtet, wenn nicht der Besitzer und die Anwärter, zusammen oder auch einer von ihnen, die Ergänzung des Mangelnden übernehmen, wozu ihnen eine Frist von einem Jahr zu gestatten ist[29]). Im ersteren Falle dagegen muß auf Verlangen der Anwärter das Fideicommiß unter Administration gestellt, und aus dem während dieser Zeit erzielten Gewinn der Normal-Werth desselben wieder hergestellt werden[30]). Den Hauptgrundsatz hat auch das Braunschweigische Gesetz

---

commiß wird aufgelöst durch — den gerichtlichen Zwangsverkauf aller seiner Bestandtheile".

[29]) Edict § 95: „Wird ein schon bestandenes Fideicommiß durch den Untergang einzelner Bestandtheile, durch deren Veräußerung wegen Fideicommiß-Schulden Ir. Classe, durch Vindication dritter Eigenthümer, durch andere Unfälle oder durch die § 92 N. 4 und 5 bemerkte Absonderung (scil. der mit dem Fideicommiß verbundenen Lehen in Folge des Umstands, daß der Fideicommißsuccessor nicht zugleich zur Lehnsfolge berechtigt ist; und der durch königliche Dotation dem Fideicommiß zugefügten Objecte in Folge des Abganges des Mannsstamms) so tief in seiner Substanz gemindert, daß der noch übrige Theil nicht so viel beträgt, als zur Gründung eines Fideicommisses erfordert wird; so können der Fideicommiß-Besitzer und die Anwärter vereint, oder einer derselben das Fideicommiß durch Ergänzung des Mangelnden aufrecht erhalten. Hierzu ist demjenigen, der sich das Mangelnde zu ergänzen verbindet, auf Verlangen die Frist eines Jahres zu gestatten. Erfolgt die Ergänzung nicht, so ist das Fideicommiß erloschen, und dasjenige, was vom Fideicommisse, nach Tilgung aller Fideicommiß-Schulden übrig ist, bleibt als Allodium in den Händen des letzten Besitzers, jedoch muß derselbe die auf dem erloschenen Fideicommisse, rücksichtlich der Nachgebohrnen und Wittwen, bereits haftenden Lasten, noch ferner entrichten, so weit sie hiervon nach Abzug der dem Besitzer alsdann gebührenden Competenz bestritten werden können".

[30]) Edict § 96: „Ist aber die Abminderung des Fideicommiß-Vermögens aus eigenem Verschulden des Besitzers entstanden; so können die Anwärter verlangen, daß dasselbe in Administration gesetzt, und der Normal-Werth des Fideicommisses während der Administration wieder hergestellt werde; jedoch müssen die den Fideicommißgläubigern zu leistenden Zahlungen, desgleichen die auf dem Fideicom-

vom 20. Mai 1858 für einen bestimmten Fall ausgesprochen[31]), und man wird denselben ganz allgemein nach allen Particularrechten zur Anwendung bringen müssen, welche ein Minimum für die Familienfideicommisse aufstellen. Die näheren Bestimmungen dagegen dürfen, da sie rein positiver Natur sind, nicht gleichfalls für maßgebend gehalten werden.

Rechtsverhältnisse erlöschen nicht nur durch Untergang des Subjects und Objects sondern auch durch den Ablauf der ihnen gesetzten Zeit. Ist nun dieser Satz auch bei dem Familienfideicommiß anwendbar? In dieser Hinsicht muß zunächst darauf verwiesen werden, daß es dem Stifter, wie oben hervorgehoben wurde[32]), unbenommen ist, die Dauer des Fideicommisses durch eine Resolutivbedingung und einen Endtermin zeitlich zu beschränken. Tritt die gesetzte Bedingung oder der Endtermin ein, so wird das Fideicommiß aufgelöst. Allein es fragt sich, ob, abgesehen von einer solchen ausdrücklichen Festsetzung durch den Stifter das Fideicommiß zeitlich begrenzt sei.

Es wurde oben[33]) die Behauptung aufgestellt, daß bei den Römern zu Papinian's und Modestin's Zeiten, also in der ersten Hälfte des dritten Jahrhunderts unserer Zeitrechnung dauernde Familienfideicommisse für möglich gehalten worden. Justinian hat immerwährende Fideicommisse verboten und dieselben auf eine bestimmte, nach Generationen bemessene, Dauer beschränkt. Es geschah dies durch die Novelle 159, deren gesetzliche Bestimmung durch folgenden Fall hervorgerufen wurde[34]).

---

miß bereits liegenden Alimente und Witthum, so ferne diese nicht wegen eines Uebermaaßes eine Minderung leiden, während der Administration verabreicht werden".

[31]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 8: „Die Stammguts-Qualität erlischt — an dem Stammgut, wenn — nach Abzug der subhastirten einzelnen Bestandtheile nicht der gesetzlich erforderliche Reinertrag übrig bleibt".

[32]) S. S. 150 ff. [33]) S. 10.

[34]) Nov. 159 praef.: — gloriosissimus Alexander saepe ad nos retulit gloriosae memoriae patrem suum Hierium, cum testamentum scriberet, his verbis usum esse: Volo vero ac iubeo, ut heredes mei, clarissimus quidem Constantinus assignatam ei domum cum omnibus illis, sicut ante scriptum est, iuribus illi annexis, et suburbanum praedium in Copariis, cum omnibus, sicut ante scriptum est, iuribus ad id pertinentibus, et domum in Antiochia ad Ammianum, dulcissimus vero Anthemius suburbanum praedium in Blachernis ad Eugenium et Iulianum gloriosae memoriae, et suburbanum praedium in promontorio sinus Sosthenii, quondam ad Ardaburium gloriosae memoriae, clarissimus autem Calliopius suburbanum praedium Bytharium seu Philothei, et clarissimus Alexander suburbanum praedium in Venetis non alienent, nec venditione nec donatione nec permutatione nec alio quocunque modo, nec abiiciant aut alieni iuris efficiant ipsas domus, vel suprascripta quinque suburbana praedia mei nominis meaeque familiae; sed si quidem, quod opto, liberi illis nascantur, et relictis liberis vel nepotibus legitimis aut etiam naturalibus moriantur, quilibet illorum assignatum sibi suburbanum praedium et domos, tam eam,

Hierius der Aeltere hatte in seinem Testament seinen zu Erben eingesetzten vier Söhnen, Constantinus, Anthemius, Calliopius und Alexander die Veräußerung gewisser ihnen speciell zugewiesener Grundstücke verboten. Eines dieser Grundstücke, welches im Testament dem Constantin zuertheilt war, vermachte er in einem späteren Codicill seinem Enkel, dem Sohn des Constantin, Hierius dem Jüngeren unter Hinzufügung eines beständigen, nicht blos für

---

quae in hac regia urbe, quam quae in Antiochia sita est, liberis et nepotibus, legitimis aut etiam naturalibus relinquat; credo enim eos nec in naturalibus liberis aut nepotibus hanc meam dispositionem et voluntatem neglecturos esse. Si vero omnes vel aliqui vel unus ex illis nullis liberis relictis (quod absit) moriatur, volo et iubeo, orbos vel orbum, cum moriantur, superstitibus vel superstiti fratri suo ante scriptas domos, tam quae hic, quam quae in Antiochia est, et ante dicta quinque suburbana praedia cum omnibus illorum iuribus omnique instrumento sine mora restituere, cessante scilicet inter eos satisdatione, quae in fideicommissis et legatis obtinet. Volo enim et iubeo, ne illi a se invicem eiusmodi satisdationes exigant, iis vel eo, qui contra paternam meam et piam circa eos voluntatem a fratribus suis aut fratre suo satisdationem propter res alienari prohibitas exigere nitentur vel nitetur, omnimodo fideicommissi amissionem sustinente vel sustinentibus. Et haec quidem eum in testamento dixisse, scripsisse autem et codicillum, atque his verbis in illo usum esse. Manifestum igitur facio me scriptis iam testamentum fecisse, et quae eo continentur, prout mihi visum fuit disposuisse voloque et iubeo, ut omnia, quae illo testamento continentur, omnimodo valeant, praeter ea tantum, quae in hoc meo codicillo aliter disposuero vel legata etiam alicui relicta ademero. Volo igitur et iubeo, ut suburbanum meum praedium Coparia vocatum, quod in praedicto testamento Constantino magnificentissimo meo filio reliqui, detur et competat pleno possessionis et dominii iure clarissimo et generosissimo meo nepoti Hierio, magnificentissimi Constantini filii mei filio, totum illud suburbanum praedium cum praetoriis, quae in illo sunt, omnibusque scalis, et quae locantur sive intra portam sive extra portam aedibus atque ergasteriis et balneo et hortis, tam qui intra, quam qui extra muros sunt, et hippodromo atque horto, qui in eo est, et cisternis omnique plane iure in eodem praedio suburbano qualicunque modo mihi competente. Dari scilicet id ipsum praedium suburbanum volo dicto clarissimo nepoti meo Hierio, si post mortem meam per patris sui emancipationem sui iuris factus fuerit, nulla licentia data eidem nobilissimo meo nepoti, sed nec illis, qui vel ex hoc meo testamento ipsius clarissimi mei nepotis eadem iura habituri sunt, ut suburbanum illud praedium eiusve partem aut ius vendant vel permutent vel alicui donent vel qualicunque modo alienent, propterea quod id ipsum suburbanum praedium seu domum, situm sitamve intra portam muri Sycarum, quae ducit ad venerabile Martyrium sanctae Theclae, per omne tempus et perpetuo in familia mea manere, neque unquam a nomine meo abire volo. Volo autem et iubeo, si praedictum nobilissimum meum nepotem Hierium intra pubertatem vel etiam post pubertatem, sine liberis tamen ex legitimis nuptiis ei natis, mori contingat, ut possessio et do-

diesen, sondern alle seine Nachfolger verbindlichen Verbots, dies Gut außerhalb der Familie zu veräußern. Hierius der Jüngere, welcher nach dem Tode

minium suburbani eius praedii seu domus perveniat et deferatur seu restituatur magnificentissimo eius patri Constantino sub eadem lege, ne unquam extra familiam meam vel nomen meum alienetur. His igitur factis ipsum quidem mortuum esse, Hierium vero gloriosae memoriae domum quidem Theopoli sitam, quae ex paterna successione ad eum venerat, aliis vendidisse personis, domum autem, quae in felici hac urbe est, et insuper suburbium in codicillo ipsi datum, quorum omnium alienatio prohibita est, in Constantinum glo riosae memoriae filium suum transmisisse, illumque rursus gravida uxore relicta mortuum esse, scripto testamento, in quo disposuerit, ut sive infans non nascatur, sive natus intra pubertatem decesserit, tam mater sua gloriosissima Maria, quam etiam coniux sua inclyta Maria ad successionem ipsius vocarentur. Postquam filia nata erat, et ipsa in infantia et tenera adhuc aetate decessit, ad dictas inclytas mulieres delata esse et reliquam substantiam et domum in magna hac urbe et insuper suburbanum illud praedium, quod diserte in codicillis Hierio gloriosae memoriae relictum erat, meritoque tam ex testamento, quam ex verbis codicilli domum atque suburbanum praedium se vindicare posse, cum solus ex Hierii gloriosae memoriae liberis nunc supersit, et primum in familiae nomine gradum obtineat. Verum qui pro Maria et Maria, gloriosissimis feminis, verba faciebant, nullum dicebant verbis testamenti locum esse. Neque enim Constantinum gloriosae memoriae sine liberis defunctum esse, ut utriusque domus restitutioni locus sit, sed nec gloriosissimum Alexandrum, quantum ad praedium suburbanum, secundum legem eas adgredi, cum et ipse suburbanum praedium, quod ipsi relictum erat, ante alienaverit, cuius alienationem communis pater aeque ut in aliis prohibuerit, et reliquos vero fratres idem fecisse, legesque nostras, si omnes deinceps, in quibus tale quid dispositum est, voluntatem defuncti transgressi sint, omnibus aequaliter restitutionem adimere, ne, si illi mutuo se conveniant, multis iudiciis de una caussa subiiciantur; legum quoque hac de re positarum memoriam nobis revocarunt. Gloriosissimus vero Alexander maxime quidem de utraque domo recte se actionem movere dicebat; defunctum enim bene in codicillo voluntatem suam etiam de reliquis rebus declarasse, ut qui familiae suae res servare voluerit, sed in suburbano praedio iustioribus rationibus uti. Neque enim recte illas alienationem sibi obiicere, cum imperiali iussu id fieri indultum fuerit. Ac multa verba ea de re utraque pars fecit, nunc testatoris interpretantes voluntatem, nunc legibus nostris utentes, quas sibi utiles esse putabant. Ich habe hier die Hombergk'sche, von Osenbrüggen verbesserte, Uebersetzung der Novelle gegeben. In den Authentiken ist diese Novelle zum Theil unverständlich, wie dies bereits von Alciat in seinen parerga iuris l. IV c. 12 extr. bemerkt wird. Das Abgehen von den Authentiken ist hier ganz unbedenklich, da die Novelle, wie sich zeigen wird, für das heutige gemeine Recht gar nicht in Betracht kommt, und es sich lediglich darum handelt, den wahren Sinn derselben, die Absicht des Gesetzgebers selbst zu erkunden.

seines Großvaters das Grundstück erhalten hatte, hinterließ dasselbe seinem Sohne Constantin. Dieser, welcher mit Hinterlassung einer schwangeren Wittwe starb, hatte in seinem Testament dem zu erwartenden Kinde seine Mutter Maria und seine Frau Maria pupillariter substituirt. Es wurde nun eine Tochter geboren, starb jedoch im zarten Alter, und der Nachlaß und mit diesem auch das in Rede stehende Grundstück gelangte an die beiden Frauen. Jetzt klagte Alexander, der von den Söhnen Hierius des Aelteren allein noch am Leben war, gestützt auf das Testament und Codicill seines Vaters, d. h. das darin enthaltene Veräußerungsverbot, auf Herausgabe des Grundstücks.

Justinian weist den Kläger ab, und begründet dies folgendermaßen. Die Frau und Mutter des verstorbenen Constantin gehörten gleichfalls zur Familie (womit gesagt werden soll, daß eine Veräußerung an sie nicht unstatthaft sei). Ferner würde man allzu scrupulös handeln, wollte man die Willenserklärung Hierius des Aelteren noch nach vier Generationen zum Gegenstand einer gerichtlichen Untersuchung machen. Daraus wird weiter abgeleitet, daß auch die Rechtsnachfolger der beiden Marien hinsichtlich des in Rede stehenden Grundstücks sicher seien, um so mehr da die Ehefrau des Constantin auch ohne das Testament des letzteren ihre Tochter beerbt haben würde, somit also keiner der Nachkommen des Hierius dessen Anordnung zuwider gehandelt hätte[35]). Da-

[35]) Nov. 159 c. 2: — Quantum vero ad suburbanum praedium, cuius dominum esse Hierium gloriosae memoriae codicillus ostendit, multis ambagibus (hier übersetzt Haloander das πολλῆς περιεργίας des griechischen Textes richtiger mit multa scrupulositate) plenum nobis visum est, post quatuor generationes eiusmodi quaestionem in medium proponere. Nunc enim cum Maria et Maria gloriosissimae feminae adhuc superstites sint, quae et ipsae in familia ponendae sunt, legibus nostris nurus etiam hac appellatione dignantibus, non recte neque decenter gloriosissimus Alexander litem ab ipso motam instituit. His vero etiam defunctis, ut quatuor generationes iam praeteriisse videantur, non patiamur tam veterem caussam in iudicia deduci, maxime cum Constantini filia adeo tenera aetate vitam finierit, ut etiamsi is testamentum non fecisset, tamen ad matrem eius venisset praedium suburbanum, quasi non ipsa pupilla, sed lex horum caussa fuisset, et nemo ex Hierii gloriosae memoriae successoribus circa voluntatem illius peccasset. Etenim si Constantinus scripto testamento quasdam substitutiones, filia intra pubertatem mortua, fecisset, exinde tamen nihil magni introduceretur, cum et ipsa lex per se matri pupillae substantiam praebeat, si ea sine testamento decessisset. c. 3: Sancimus igitur, ut neque gloriosissimus Alexander eiusve liberi, neque successores reliquorum Hierii senioris gloriosae memoriae liberorum, neque alius quisquam ex omnibus, qui ad eandem familiam referuntur, vel contra Mariam et Mariam glorisissimas feminas, propter res apud ipsas existentes, vel contra alios veniant, apud quos res nunc sunt, vel ad quos sequente tempore perventurae sunt, quarum alienationem Hierius gloriosae memoriae prohibuit, vel omnino in posterum prohibitionis nominisque familiae mentionem faciant et ius aliquod exinde derivent —.

neben wird auch noch darauf Gewicht gelegt, daß der Kläger selbst, wie das von der Gegenpartei geltend gemacht, die Grundstücke, deren Veräußerung ihnen untersagt war, dennoch alienirt, und damit auf die Geltendmachung des den anderen Erben des Hierius gesetzten Veräußerungsverbots verzichtet hätte[36].

Daß die Entscheidung der Sache nicht durch eine einfache Sentenz, sondern durch ein Gesetz erfolgen würde, hatte der Kaiser im Eingange seiner Constitution gesagt[37]. Zum Schluß wird demgemäß das aufgestellte neue Princip, daß ein Veräußerungsverbot nicht länger als vier Generationen hindurch wirksam sein solle, zu einem allgemeinen Rechtssatz erhoben, der in allen gleichen Fällen zur Anwendung gebracht werden soll. Es wird nämlich (im c. 3 in fin.) angeordnet: Atque haec non solum huius caussae decisio sit, sed et reliquarum, in quibus eiusmodi prohibitione facta tot successiones praeterierunt, et ultimus heredum per intermedium quendam impuberem hereditatem suscepit. Tunc enim illis quoque, qui sunt extra familiam primi prohibentis, ex hac nostra lege res transmittere licebit. Communem enim hanc legem tam praesenti caussae, quam etiam prohibitionibus post haec faciendis tulimus, tam quae nunc incidit contentionem componentes, quam futurae quae sint praecidentes.

Wollen wir uns nun den Sinn dieser Bestimmung klar machen, so haben wir zunächst zu fragen, was unter den successiones, διαδοχαί zu verstehen, da Justinian zwei Mal in dem Vorangegangenen, d. h. den Entscheidungsgründen des vorliegenden Falls sich des Worts γενεαί (generationes) bedient hat. Einige Juristen sind der Ansicht, daß die successiones Restitutionsfälle bedeuteten, das Fideicommiß also vier Mal restituirt sein müsse, wenn es erlöschen solle[38]. Allein dagegen hat bereits Pfeiffer[39] richtig bemerkt, daß dies mit dem vorliegenden practischen Fall nicht in Einklang zu bringen sei, in welchem die erste Restitution von dem als Fiduciar aufzufassenden Enkel des Testator's, Hierius dem Jüngeren, an dessen Sohn Constantin den Jüngeren, die zweite von diesem an seine in der Unmündigkeit verstorbene Tochter erfolgte, damit aber die Restitutionen zu Ende wären, oder, wenn man auch die Beerbung der Tochter durch ihre Mutter gleichfalls

---

[36]) Nov. 159 c. 3.

[37]) Nov. 159 c. 1: Nos igitur et legum et testamenti interpretationem propositam videntes, non nuda sententia, sed lege huius caussae decisionem complectendam esse putavimus, ut et praesentem controversiam dirimeremus et reliquis de his rebus contentionem praeriperemus.

[38]) Schweppe, das römische Privatrecht § 919. Mackeldey, Lehrb. des heutigen römischen Rechts II § 727. Marezoll in Grolman's und Löhr's Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgeb. IV S. 203 f.

[39]) Ueber die beschränkte Dauer der für immer gestifteten Familienfideicommisse des römischen Rechts, in dessen practischen Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft Bd. III (Hannov. 1831) S. 59. S. 64 f.

als Restitution auffassen wollte, jedenfalls die vierte Restitution fehlen würde. Nach einer anderen Auffassung ist in der Stelle von Successionsfällen die Rede. Danach erschiene als erster Successor der Enkel des Testators, Hierius der Jüngere, als zweiter dessen Sohn Constantin, als dritter dessen Tochter, als vierte Constantins Frau und Mutter[40]). Allein dieser Auffassung steht entgegen, daß Justinian von vier vorübergegangenen Generationen bereits spricht, als es sich um den Besitz der Mutter und Frau Constantin's des Jüngeren handelt; er auch auf diese den Ausdruck Generation nicht füglich hätte anwenden dürfen, da hierbei doch an den Testator und dessen Descendenten gedacht ist. Eine dritte Ansicht geht dahin, daß generatio mit gradus für gleichbedeutend zu nehmen sei, so daß also ein Familienfideicommiß erlösche mit dem Tode des Inhabers, der vier Grade von dem Errichter entfernt ist. Das trifft in dem in der Novelle behandelten Fall zu. Der Vater des ersten Fideicommißbesitzers, Constantin der Aeltere, nimmt seinem Vater Hierius dem Aelteren gegenüber den ersten Verwandtschaftsgrad ein, Hierius der Jüngere (der erste Fideicommißbesitzer) steht zu diesem im zweiten Grade, Constantin der Jüngere im dritten und die in der Unmündigkeit verstorbene Tochter des letzteren im vierten[41]). Dem kann man auch nicht entgegensetzen, daß danach bei einem für einen abnepos und dessen Descendenz errichteten Familienfideicommiß das Veräußerungsverbot sich gar nicht geltend mache, und eine Restitution überhaupt nicht stattfinde, da jener schon dem Errichter gegenüber den vierten Verwandtschaftsgrad einnimmt[42]). Daß die Consequenz darauf führt, ist richtig; ob Justinian an diese Möglichkeit gedacht, die übrigens wohl kaum recht practisch, ist zu bezweifeln; aber daraus allein, daß die Bestimmung der Novelle zu einem so verkehrten Resultat führen kann, darf man eben so wenig die obige Auslegung für irrig halten, als man die Absicht Justinian's, die Familienfideicommisse zeitlich zu beschränken, überhaupt durch die Bemerkung in Abrede stellen darf, daß es hierbei ja vorkommen könne, daß ein Familienfideicommiß nach Ablauf eines Jahres oder einer noch kürzeren Frist (wenn nämlich sämmtliche berufene Successoren in ganz geringen Zwischen-

[40]) Diese Auffassung findet sich bereits in der epitome Iuliani const. 117 n. 499: Si quis prohibuerit extra suam propriam familiam rem alienare et adiecerit, ut neque filii neque deinceps personae, quae successerint ei, qui prius accepit, rem eandem ad extraneum transferrent, deinde quatuor processerint generationes, quae familiae nomine continentur, et ultimus heres per medium impuberem successor exstiterit, liberam facultatem habeat, et in extraneos homines rem, cuius alienatio prohibita est, transferre, id est si tertius heres impubes fuerit, primo herede inter quatuor successiones reputato. Dieselbe ist in neuerer Zeit vertheidigt von Fabricius, de fideicommissorum familiae natura p. 19.

[41]) Berger, oeconomia iur. II t. 4 § 32. Pfeiffer a. a. O. S. 59 f. S. 65 f.

[42]) So Fabricius l. c. p. 18.

räumen nach einander sterben) erlösche; denn auch die Herbeiführung dieser Thatsache lag wohl schwerlich in Justinian's Absicht, der ausgesprochenermaßen nur verhindern wollte daß allzu alte Sachen noch zur gerichtlichen Entscheidung gebracht würden.

Der zweite bei der in Rede stehenden Bestimmung in Betracht zu ziehende Punkt ist der, ob der Satz: et ultimus heredum per intermedium quendam impuberem hereditatem suscepit eine allgemeine Bedingung für die Anwendbarkeit der Vorschrift der Novelle enthalte, so daß also nur in dem Falle ein Familienfideicommiß in der vierten Generation erlösche, wenn der in dieser stehende Inhaber desselben in der Unmündigkeit verstorben ist. In der bereits angeführten Stelle der epitome Iuliani hat derselbe allerdings diese Bedeutung erhalten. Allein die Rubrik unserer Novelle in den Authentiken lautet ganz allgemein: de restitutione fideicommissi et nomine familiae, quod usque ad quartum gradum locum habet; und in diesem Sinne ist die Novelle unzweifelhaft von den Glossatoren verstanden worden[43]). Bei Cujacius findet sich dagegen dieselbe Auffassung der Novelle, wie sie in der epitome Iuliani zum Ausdruck gekommen. Er giebt den in der Novelle liegenden Rechtssatz mit den Worten wieder: fideicommissariam substitutionem non extendi ultra quartum gradum, videlicet si extraneus extiterit heres per medium impuberem; und sagt, derselbe sei non temere extendenda ad omnes species — nam ius ita est, ut liceat in infinitum substituere. Von der Bedingung si per intermedium impuberem heres extraneus extiterit sagt Cujacius: non magnam habet rationem, und hinsichtlich der Veranlassung der Novelle überhaupt bemerkt er: videtur haec novella ex earum numero esse, quas Hermenopulus Tribonianum composuisse narrat obscure et ambigue pecunia corruptum. Dem Cujacius folgt eine große Anzahl von Juristen, so unter anderen Sande[45]), Knipschildt[46]), Struv[47]) und von den neueren Schriftstellern Marezoll[48]), Puchta[49]), Arndts[50]).

[43]) Vgl. hierüber im Allgemeinen Heimbach in der Gießener Zeitschr. N. F. V S. 67 ff. und das Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät in der Schrift von Oldenhove, die vermeintliche Fideicommißqualität des Guts Boneborg. Anl. I S. 17 f., in welchem sich eine eingehende Erörterung über die Bedeutung der Nov. 159 findet. Hier wird namentlich geltend gemacht, daß Accursius hinsichtlich des Sinns der Novelle auf die Rubrik mit den Worten verwiesen habe: Huius sensum accipe ex rubrica.

[44]) Novellarum exposito zu Nov. 159 in fin. (opera priora t. II — Neap. 1758 — col. 1165).

[45]) De prohibita rerum alienatione p. III c. 5 n. 21; auch die daselbst citirten Schriftsteller.

[46]) L. c. IX n. 119.

[47]) Syntagma iuris civilis exerc. 36 thes. 20 n. 3.

[48]) A. a. O. S. 203 ff. [49]) Vorlesungen § 527.

[50]) In Weiske's Rechtslexicon IV S. 237.

Kann nun aber die Bedeutung des Gesetzes in der That eine solche gewesen sein? Hier muß zunächst bemerkt werden, daß sich ein vernünftiger Grund dafür gar nicht angeben läßt[51]). Was sollte man von einem Gesetzgeber sagen, welcher verordnete, Familienfideicommisse haben zwar immerwährende Dauer, aber wenn der im vierten Grade der Verwandtschaft stehende Inhaber des Fideicommisses zufällig in der Unmündigkeit verstirbt, so erlischt das letztere. Einen solchen Unsinn darf man weder Justinian noch Tribonian zutrauen. Hier sich damit zu begnügen, die Veranlassung zur Novelle in einer Bestechung Tribonian's zu suchen erscheint mir als ein seltsames Auskunftsmittel, um den Unsinn erklärlich zu machen. Es giebt sicher Gesetze, bei denen ganze Stände oder Corporationen interessirt sind. In diesem Fall kann ich mir denken, daß von den Mitgliedern jener Stände oder Corporationen eine Bestechung auf die bei der Gesetzgebung thätigen Personen versucht wird. Aber ein solches Gesetz ist doch die Novelle 159 nicht. Bei dem Gegenstande dieses Gesetzes konnte es sich lediglich um die Interessen eines Einzelnen handeln, und diesen Interessen wurde durch einen Urtheilsspruch oder eine lex specialis Rechnung getragen, dazu bedurfte es nicht eines allgemeinen Gesetzes. Daß nun aber Justinian selbst bei der Bestimmung, Familienfideicommisse sollten nicht länger, als während vier Generationen aufrecht erhalten werden, durchaus kein Gewicht auf den Umstand legte, daß der letzte Inhaber in der Unmündigkeit gestorben, geht aus der Erwägung hervor, mit welcher er die hinsichtlich des speciellen Falls getroffene Entscheidung einleitet. *Πολλῆς ἡμῖν ἔδοξεν ἀνάμεστον εἶναι περιεργίας τέσσαρσιν ὕστερον γενεαῖς τὴν τοιαύτην εἰς μέσον ἄγεσθαι ζήτησιν,* sagt derselbe. Er meint damit, allerdings ist die voluntas testatoris zu beobachten; aber man darf dabei doch nicht so weit gehen, daß man eine Geltendmachung derselben noch zuläßt, wenn bereits vier Menschenalter, in welcher Zeit sich die Verhältnisse vollständig geändert haben, darüber hingegangen sind. Daß dieser Gedanke seine Berechtigung hat, wird Niemand leugnen, es ist ein Gedanke, der auch heute Jedem, der ganz unbefangen das Institut des Familienfideicommisses betrachtet, aufsteigen kann. Später sagt der Kaiser weiter, er wolle nicht dulden, daß eine so alte Sache, deren Ursprung vier Generationen zurückliege, Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens wäre. Hier fügt er freilich hinzu, ganz besonders da die Tochter Constantins im Kindesalter verstorben ist, so daß ihre Mutter auch ohne Testament des letzteren, auf Grund ihres Intestaterbrechts das Grundstück, um das es sich handelte, erhalten haben würde. Allein das

---

[51]) Darauf ist bereits aufmerksam gemacht von Stryck, de succ. ab. int. VII c. 3 § 40. Pfeiffer a. a. O. S. 61. Das giebt auch Cujacius zu, indem er hinsichtlich der in Rede stehenden angeblichen Voraussetzung bemerkt: non magnam habet rationem. Ebenso findet Marezoll mit Rücksicht auf diese Voraussetzung die ganze Vorschrift etwas sonderbar.

ist wohl schwerlich ein neuer Grund für die Entscheidung, sondern eine Erklärung dafür, wie man im vorliegenden Falle sagen können, das Veräußerungsverbot habe bereits während vier Generationen bestanden. Eines solchen Nachweises bedurfte es in der That. Die vom Kaiser selbst für das Erlöschen eines Fideicommisses geforderten vier Generationen waren nämlich noch nicht in dem vorliegenden Fall zu der Zeit vorübergegangen, als bereits über den Gegenstand des Fideicommisses zu Gunsten eines extraneus disponirt wurde, denn Constantin der Jüngere, welcher dies gethan, stand, da er ein Urenkel des Testators Hierius des Aelteren war, zu diesem erst im dritten Verwandtschaftsgrade. Es sollte also diese Bemerkung zeigen, daß die Disposition Constantin's wenigstens für das Recht seiner Frau irrelevant sei, und diese den Gegenstand des Fideicommisses, nachdem das letztere in Folge des vom Kaiser neu aufgestellten Rechtssatzes seine Wirksamkeit verloren, auch ohne jene erhalten haben würde. Insofern ist freilich die Hervorhebung dieses Umstandes verkehrt, als im Vorangegangenen bereits ausgeführt ist, die Verfügung Constantin's bestehe vollkommen zu Recht, da dieselbe gar keine Veräußerung an extranei enthalte, sondern zu Gunsten von Familiengliedern, was vollkommen erlaubt, getroffen sei; aber die Bedeutung jener Bemerkung wird dadurch nicht geändert. Wenn nun Justinian, indem er das für den speciellen Fall aufgestellte Princip zu einem allgemeinen Rechtssatz erhebt, als Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit angiebt, daß der letzte Inhaber der zum Fideicommiß gehörigen Sache diese durch die Beerbung eines impubes erhalten habe, so hat dies dieselbe Bedeutung, wie bei der Entscheidung des Falls, d. h. es wird eine Disposition über das Fideicommiß, die von dem im dritten Verwandtschaftsgrade stehenden Inhaber desselben getroffen ist, für gültig erklärt, wenn dieselbe zu Gunsten einer Person geschah, die Erbe des in der Unmündigkeit verstorbenen Familiengliedes aus der vierten Generation wurde. Dieser Satz ist nun aber weiter nichts als eine Anwendung des in der Novelle überhaupt neu ausgesprochenen Princips, ein Veräußerungsverbot überdauert nie vier Generationen, denn wenn mit dem in der Unmündigkeit verstorbenen Familienglied aus der vierten Generation das Fideicommiß erlischt, so muß es doch auch mit dem Tode des bereits mündig gewordenen erlöschen. Daß dies Justinian's Meinung gewesen, geht daraus hervor, daß er nach seinen eigenen Worten einen allgemeinen Rechtssatz für alle Veräußerungsverbote geben will. Das hätte er nicht sagen können, wenn er die gedachte beschränkende Auffassung selbst gehabt. Denn als allgemeine Endigungsart der Familienfideicommisse kann man die nicht bezeichnen, die nur in den allerseltensten Fällen Platz greifen wird. Wollte Jemand daran Anstoß nehmen, daß Justinian den in Rede stehenden Rechtssatz, wenn er ihn wirklich ohne jene Beschränkung verstanden wissen wollte, nicht gut ungeschickter, als er es wirklich gethan, hätte ausdrücken können, der vergißt eben vollständig, daß wir es in der Novelle mit byzanti-

nischer Jurisprudenz und Redeweise zu thun haben, und daß dies nicht die einzige, in dieser Weise gefaßte Bestimmung ist. Es ist daher auch nicht zu billigen, wenn einige Schriftsteller[52]) wegen der durch die Interpretation nicht zu lösenden Zweifel über die wahre Willensmeinung Justinian's es für unmöglich hielten, aus der Novelle einen allgemeinen Rechtssatz abzuleiten. Die hier vertheidigte Ansicht über die Auslegung der Novelle ist auch von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten worden[53]).

Es muß jetzt erörtert werden, welche Bedeutung der Novelle 159 für das heutige Recht beizulegen ist. Ich habe früher darauf hingewiesen, daß die unentwickelte Gestalt des römischen Familienfideicommisses lediglich daraus zu erklären sei, daß das Institut überhaupt den Römern etwas Fremdartiges gewesen. Die in der Novelle liegende Beschränkung der freien Dispositionsbefugniß kam daher den Zeitgenossen Justinian's wohl kaum zum Bewußtsein, schwerlich erschien sich als ein Eingriff in ihre Gewohnheiten. Ganz anders war dies unter der neuen Rechtsentwicklung in Italien und der sich an diese anschließenden außeritalischen. Hier gab man dem römischen Satz: uti legassit ita ius esto eine ungemessene Tragweite. Nicht nur unmittelbar nach dem Tode des Testators sollte der Wille desselben Gültigkeit haben, sondern, wenn derselbe es so bestimmt hatte, für alle Zukunft. Der voluntas defuncti sollte man, wie das Baldus, welcher derartige Vergleiche liebt, komischer Weise ausdrückt, folgen, ut canis sequitur leporem[54]). Dieser Anschauung gegenüber mußte die Vorschrift der Novelle als ein Hemmniß erscheinen, dessen Beseitigung wünschenswerth war. Die Juristen vollzogen diese Operation, freilich in verschiedener Weise.

Einfach für unanwendbar auf die modernen Verhältnisse wurde die Novelle nicht erklärt. Dieselbe ist nämlich glossirt, und, wenn auch Accursius zu derselben bemerkt: literam non lego, so reccurrirte man doch in der Folgezeit nicht hierauf; versuchte vielmehr auf Umwegen die Vorschrift der Novelle bei immerwährenden Familienfideicommissen ganz auszuschließen. Hierzu bediente man sich folgender Mittel. Einmal wurde behauptet, die Novelle sei nur für den Fall zur Anwendung zu bringen, wenn der Testator zu Gunsten seiner Familie das Fideicommiß errichtet, nicht dagegen wenn er

---

[52]) So Mencke, systema iuris civilis secundum pandectas l. 36 t. 1 § 5 (hier wird die Novelle multis circumstantiis et restrictionibus involuta genannt). Sintenis, das practische gemeine Civilrecht III § 209 Note 37.

[53]) So von Chifletius, de iure fideicommissorum l. 4 c. 2 (in Otto, thesaurus t. V p. 860). Voet, commentar. ad pandect. l. 36 t. 1 § 33. Berger l. c. l. II t. 4. § 32 not. 4. Schweppe a. a. O. § 919. Thibaut, System des Pandectenrechts (8. Aufl.) § 923. Pfeiffer a. a. O. S. 60—63. Ebenso das citirte Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät a. a. O. S. 15—18.

[54]) In L. 5 C. De necess. serv. her. inst.

wörtlich seine Descendenten berufen hätte. Das Veräußerungsverbot sei hier deshalb in infinitum auszudehnen, quia descendentium nomen ad omnes in infinitum extenditur [55]). Hierbei wurde freilich mitunter auch noch ein besonderer Hinweis des Testators darauf gefordert, daß er für alle Zeiten seinen Descendenten die Sache erhalten wissen wollte [56]). Weiter machte man geltend, in der Novelle sei nur die Rede von einem Veräußerungsverbot, habe der Testator daher eine fideicommissarische Substitution vorgenommen und ein immerwährendes Fideicommiß angeordnet, so könne die Bestimmung derselben nicht Platz greifen [57]). Auch hierbei macht sich eine Verschiedenheit bei den Schriftstellern geltend, indem Peregrinus daneben noch forderte, daß das Fideicommiß wörtlich zu Gunsten der Descendenten errichtet wäre, wogegen die anderen bei dem zu Gunsten der Familie errichteten gleichfalls die Beschränkung der Novelle ausschlossen [58]).

Daß in den angegebenen Fällen die Novelle 159 eben so gut zur Anwendung hätte gebracht werden müssen, als in dem, welcher ausdrücklich in derselben hervorgehoben wird, d. h. wo es sich um ein zu Gunsten der Familie gesetztes Veräußerungsverbot handelt, liegt auf der Hand. Man drückte durch diese Behandlungsweise, wie das richtig in dem Gutachten der Göttinger Juristen-Facultät über die Fideicommißqualität des Guts Boneborg [59]) hervorgehoben wird, den in der Novelle aufgestellten neuen Rechtssatz zu einer Interpretationsregel herunter, wonach, wenn der Testator ein Veräußerungsverbot zu Gunsten seiner Familie trifft, unter dieser nur die Familienglieder bis zur

---

[55]) Iac. de Belvisio ad Auth. de rest. fideic. § Tanta nobis in fin. (Nov. 156 praef.) der von den späteren Schriftstellern (Petra, de fideicommissis qu. 8 n. 40. Grassus, receptae sententiae § fideicommissum qu. 19 n. 2) als der erste Jurist genannt wird, welcher die Novelle in dieser Weise auffaßte. Bartolus ad Auth. de rest. fideic. § 3. Alexander Tartagnus, consilia l. I cons. 56 n. 2. l. III cons. 43 n. 2—4. Decius, consilia cons. 481 n. 9. cons. 516 n. 16. cons. 635 n. 8. Iason in L. 114 § 14 De legat. I n. 113. in L. ult. C. De her. inst. n. 5. Bei Covarruvias, variae resolutiones l. III c. 5 n. 4 wird diese Ansicht als sententia absque dubio communis bezeichnet.

[56]) Petra l. c. qu. 8. n. 40 sq.

[57]) Paulus de Castro in L. 32 § 6. De legat. II n. 2. Decius l. c. cons. 321 n. 4 in fin. sq. Mantica, de coniecturis ultimarum voluntatum l. VIII t. 12 n. 21. t. 12 n. 46. Petra l. c. n. 32—34. Peregrinus, de fideicommissis art. 30 n. 16.

[58]) So namentlich Paulus de Castro, der nach dem Zeugniß von Sande (de prohibita rer. alien. III c. 5 n. 9) zuerst mit Rücksicht auf den in Rede stehenden Gegenstand darauf aufmerksam gemacht, daß familia und descendentes gleichbedeutende Begriffe wären.

[59]) Bei Oldenhove a. a. O. S. 20, woselbst S. 20—33 sich auch eine eingehende Darstellung der Behandlung der Novelle Seitens der italienischen, spanischen, holländischen und deutschen Juristen findet.

vierten Generation zu verstehen sind; eine Behandlungsweise, deren Anfänge das Göttinger Gutachten bereits in der Rubrik, welche Novelle 159 in den Authentiken trägt, erkennen zu können glaubt[60]). Daß zu einer derartigen Behandlung die Novelle nicht den geringsten Anhalt bot, bedarf keines Beweises, und ist gleichfalls in dem genannten Gutachten hervorgehoben worden. Die Novelle ist ein absolut verbietendes Gesetz, welches den auf Errichtung eines beständigen Familienfideicommisses[61]) gerichteten Willen des Stifters in gewisse Schranken einengt.

So ungeschickt aber die Art und Weise war, auf welche die Juristen die Vorschrift der Novelle beseitigten, so zeigt sich doch eben darin, daß dieselbe den Rechtsanschauungen dieser Zeit widersprach, und in der betrachteten Behandlung lediglich ein derogatorisches Gewohnheitsrecht sich äußert. Auf dieses Gewohnheitsrecht, welches nicht nur in den Schriften der Juristen zum Ausdruck gelangte, sondern auch in der Praxis allgemeine Anerkennung fand, weisen einige Schriftsteller ausdrücklich hin. So stellt Mantica, nachdem er zuerst untersucht hat, auf welche Art der Anordnung eines Familienfideicommiß die Novelle keinen Einfluß habe, doch zum Schluß den Satz auf: nec temere a communi DD. interpretatione usu recepta recedendum puto; und begründet dies durch das in L. 32 § 1 De LL. (1, 3) aufgestellte Princip, daß ipsae leges nulla alia ex causa non tenent, quam quod iudicio populi receptae sunt[62]). Den Gerichtsgebrauch bezeugt Peregrinus. Nachdem er bemerkt, es sei sehr begreiflich, daß die Novelle, weil sie satis manifeste testatorum voluntatibus adversetur, in einigen Gegenden nicht recipirt sei, setzt er hinzu: sub hoc serenissimo domino non memini vidisse iudicari iuxta illius novellae decisionem[63]). Und ebenso kann Romuleus, einer der wenigen Schriftsteller, welche die betrachtete Behandlung der Novelle für ungerechtfertigt halten, nicht umhin, hinsichtlich der Familienfideicommisse zu bekennen: videmus apud Italos, ut durent in infinitum[64]).

Auch in der Erklärung, welche Cujacius über die Bedeutung der

---

[60]) Ich kann hierin dem Göttinger Gutachten nur vollständig beistimmen. Die Rubrik (s. S. 445) hat ihrer Natur nach viel Aehnlichkeit mit L. ult. C. De V. S. (6, 38).

[61]) Daß ein solches dem in der Novelle behandelten Fall zu Grunde lag, kann nicht zweifelhaft sein. Die Anordnung des Stifters wird so angegeben: (praef.) per omne tempus et perpetuo in familia mea manere, neque unquam a nomine meo abire volo. Deutlicher konnte ein Testator die Absicht, ein beständiges Familienfideicommiß zu errichten, nicht ausdrücken. Ebenso wird in den Entscheidungsgründen angegeben (c. 1): defunctum voluisse, ut illud (scil. praedium) perpetuo in familia maneret.

[62]) L. c. l. VIII t. 2 n. 22.

[63]) L. c. art. 30 n. 17.

[6]) De testatorum praeceptis n. 181 sq.

Novelle giebt, haben wir wohl nichts anderes, als das Bestreben, die dem modernen Familienfideicomiß widerstrebende Vorschrift derselben zu beseitigen.

Die entgegenstehende Ansicht, welche die unbedingte Gültigkeit der Novelle anerkannte[65]), blieb vereinzelt und war nicht von practischer Bedeutung. Nur in Frankreich war der Widerspruch, welchen Molinäus[66]) gegen die herrschende Meinung erhob, auf die Gesetzgebung von Einfluß[67]).

In Deutschland, wo es sich namentlich um solche Familienfideicommisse handelte, quae pro conservatione familiae constituuntur, machte man anfänglich zwar auf die Ansicht des Molinäus aufmerksam, bezeichnete aber doch die entgegenstehende Meinung als die communis opinio. Und zwar that man dies, entweder ohne sich geradezu für dieselbe zu erklären[68]), oder man schloß sich gleichfalls derselben an, indem man sie als favens voluntati testatoris bezeichnete[69]). Hierbei that man wohl der zwiefachen Möglichkeit ein Familienfideicommiß zu errichten, nämlich durch ein beständiges Veräußerungsverbot und durch ausdrückliche Anordnung eines fideicommissum familiae propinquis vel consanguineis relictum Erwähnung[70]). Allein man legte auf diese Unterscheidung schon kein Gewicht mehr, nahm vielmehr in dem einen, wie in dem anderen Falle, ein immerwährendes Familienfideicommiß an[71]), und hielt es auch für irrelevant, ob der Testator ausdrücklich erklärt hätte, quod voluit bona perpetuo pervenire ad suos descendentes[72]), oder ob ex coniecturis constare possit testatorem voluisse prohibitionem et fideicommissum perpetuum esse[73]). Hierbei beruft sich Knipschildt für die beständige Dauer der Familienfideicommisse auf einige Pandecten-Stellen[74]), der eigentlich entscheidende Grund aber liegt für ihn in dem Charakter des zur Erhaltung des

---

[65]) Angelus de Ubaldis ad Auth. de restit. fideic. n. 3 sq. Romuleus l. c.

[66]) Molinaeus in addit. ad Alexandri consilia l. I cons. 56 n. 1 (opera omnia — Paris 1681 — t. III p. 891). Er sagt von der communis opinio, sie sei grundfalsch et contra textum notandum Auth. de rest. fideic.

[67]) Vgl. Thuanus, historia sui temporis l. 39 (Lutet. 1609 t. III p. 2 p. 362), auch Betsius, de statutis VIII § 29, so wie das öfter erwähnte Göttinger Gutachten a. a. O. S. 26.

[68]) Betsius l. c.

[69]) Grassus l. c § fideicommissum qu. 19 n. 2.

[70]) Grassus l. c. n. 1 und 3.

[71]) Grassus l. c. Knipschildt l. c. IX n. 109—111.

[72]) Das Requisit stellt allerdings wieder Berger (l. c. l. II t. 4 § 32 not. 9) auf.

[73]) Grassus l. c. n. 2. Knipschildt l. c, n. 113. Stryck, de successione ab int. VII c 3 § 38 sqq. Wernher, observationes forenses t. I p. 4 obs. 136.

[74]) Die Nov. 159 steht hierbei Knipschildt deshalb nicht entgegen, weil er diese in derselben Weise, wie Cujacius, auffaßt.

Ansehens und Glanzes der Familie errichteten Fideicommisses. In dieser Hinsicht bemerkt er: cum — haec fideicommissa ad familiae conservationem perpetuam concedantur, eorundemque institutorum intentio et voluntas sit, ut bona in familia pro eiusdem conservatione et splendore perpetuo integra conserventur, consequens est, ut quamdiu familia durat, tamdiu quoque ipsa fideicommissa eorumque successiones et alienationis prohibitiones durent, et sic perpetua et infininita sint, ac is, qui talia fideicommissa instituit, omnes substitutiones fecisse censeatur, quae ad inducendam istam perpetuitatem necessariae, et sine quibus bona ista in familia perpetuo conservari nequeunt, etiamsi testator sive institutor id non expresserit, qui enim vult aliquod factum, censetur omnia ea velle, quae ex ipsius facti natura sunt. Atque ita, cum bona non possint perpetuo in familia conservari, nisi per successionem et subrogationem perpetuam eorum, qui ex familia ipsius institutoris procedunt, nihilque sub sole perpetuum esse possit, nisi per subrogationem, ipse quoque fideicommissi institutor omnes de familia per ordinem successivum vocasse intelligitur[75]).

So muß denn in der That die Beschränkung der Novelle 159 für das moderne Institut der Familienfideicommisse als beseitigt angesehen werden[76]); und es stimmt in dieser Hinsicht die überwiegende Mehrzahl der neueren Schriftsteller, und zwar sowohl Romanisten als Germanisten überein. Nur dadurch haben einige frühere Schriftsteller die fortdauernde Gültigkeit derselben zu erhalten gesucht, daß sie ausführten, dieselbe könne allerdings nicht bei den dem deutschen Recht angehörigen zur Erhaltung des Glanzes und Ansehens der Familie errichteten Fideicommissen, bei denen nur der Mannsstamm succedire, also den wirklichen deutschen Stammgütern, zur Anwendung gebracht werden, wohl aber bei den aus dem römischen Recht stammenden Fideicommissen, deren heutiger Geltung nichts im Wege stehe[77]). Allein ein zwiefaches

---

[75]) L. c. IX n. 104—106.

[76]) So wird es bereits in den consilia facultatis iurid. Tubingensis t. VI cons. 64 n. 20 als die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten angegeben, daß in fideicommissa familiae s. agnationis favore introducta omnes, qui sunt de familia vocati intelliguntur.

[77]) Diese Ausführung findet sich bei Pfeiffer a. a. O. S. 66 f. Auf ihn berufen sich Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts III § 736 a. E. Seuffert, Lehrbuch des practischen Pandectenrechts III § 606. Außerdem behaupten noch die Anwendbarkeit der Novelle Schweppe a. a. O. § 919. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts III § 467 a. E. Salza a. a. O. S. 37—40. Uebrigens kommt auch Pfeiffer, wie das Göttinger Gutachten über die Fideicommißqualität des Guts Boneborg (S. 30) hervorhebt, auf die communis opinio der älteren Juristen zurück, welche ein immerwährendes Familienfideicommiß annehmen, wenn der Testator seinen Willen, ein solches zu errichten, durch das Wort „immerwährend" selbst oder ein ähnliches zu erkennen gegeben. Nachdem er nämlich die Ansicht der Schriftsteller gemißbilligt hat, welche

Familienfideicommiß, ein römischrechtliches und deutschrechtliches existirt in Deutschland, wie schon öfter hervorgehoben, gar nicht, und von den jetzt lebenden Schriftstellern giebt es auch meines Wissens keinen, der dies behauptet[78].

Erwähnt muß hier noch werden, daß manche Juristen in anderer Weise die Dauer der Familienfideicommisse beschränkten. Einige auf zehn Generationen nach einer angeblichen Analogie der civilrechtlichen Intestatsuccession, für welche man sich auf § 1 ult. I. De succ. cogn. (3, 5) berief[79]. Ebenso wurde als längste Dauer eines Familienfideicommisses der Zeitraum von hundert Jahren angegeben, wofür man einen Anhalt hernahm von der Bestimmung

---

die Novelle nicht bei immerwährenden Fideicommissen Platz greifen ließen, sobald die Absicht des Stifters, ein beständiges Familienfideicommiß zu errichten, erhelle, fährt er (S. 68) fort: Mehr hätten schon die Schriftsteller für sich, welche jenen Ausnahmefall nur dann eintreten ließen, wenn der Testator ganz ausdrücklich seinen gegentheiligen Willen erklärt, welches man insonderheit annehme, wenn er verfügt habe, daß das Fideicommiß ewige Dauer haben solle, indem hierdurch jede Beschränkung durch den Zeitablauf nach der Absicht des Verfügenden unzweideutig ausgeschlossen werde, und die Vorschrift der Novelle nicht von so prohibitiver Beschaffenheit sei, daß nicht derselben durch den Willen der Privaten derogirt werden könne. „Allein eben wegen der im Fall der Novelle vorausgesetzten, die Dauer des Fideicommisses so bestimmt verordnenden testamentarischen Disposition, welcher ungeachtet für die Beendigung desselben nach vier Generationen entschieden wird, ist es wohl dem strengen Recht entsprechender, anzunehmen, daß nur durch eine unmittelbar gegen die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift gerichtete Willenserklärung dieselbe für ausgeschlossen zu halten sei“.

[78]) Freilich nennt Oldenhove a. a. O. S. 25 die Bemerkung des Göttinger Gutachtens, daß ein Unterschied zwischen deutschrechtlichen und römischrechtlichen Familienfideicommissen nicht gemacht werden dürfe, eine sehr gewagte Behauptung. Die Gründe dafür entlehnt er Salza (a. a. O.). Es sind folgende: die Römer hätten mit status familiae einen anderen Begriff verbunden, als die Deutschen; das Veräußerungsverbot hätte bei den Römern nicht für immer bestanden; nach römischem Recht wäre die trebellianische Quart abgezogen worden. Er beruft sich ferner auf das Hannöversche Gesetz vom 13. April 1836, wobei er augenscheinlich die im § 39 a. E. enthaltene Bestimmung im Auge hat, wonach Fideicommisse nach den Bestimmungen des römischen Rechts durch die Vorschriften des Gesetzes nicht getroffen werden sollen. Auch das O. A. G. zu Celle hat noch im Jahre 1860 dieselbe Unterscheidung zwischen römischrechtlichen und einheimischen Familienfideicommissen statuirt (was sich übrigens im Hinblick auf das Gesetz von 1836 erklärt), hierbei aber hinsichtlich der ersteren in einem Falle (wobei es sich um ein nach dem Erlaß des Gesetzes, ohne Beobachtung der in diesem vorgeschriebenen Form errichtetes Fideicommiß handelte) die Anwendbarkeit der Novelle 159 angenommen, in dem anderen aber in Abrede gestellt (Entscheidungen des Tribunals zu Celle, mitgetheilt von den Anwälten Wöltje, Wolde, Gerding u. s. w. Jahrgang V 1862 N. 58 f. S. 67 f.).

[79]) Decius l. c. cons. 321 n. 4 in fin. sq.

des römischen Rechts über den einer juristischen Person legirten Usufruct (L. 56 De usufr. [7, 1]. L. De usu leg. [33, 2])[80]. Allein weder die eine noch die andere Meinnng fand Anklang. Sie wurden durch Peregrinus widerlegt[81]), ebenso erklärt sie Knipschildt hinsichtlich der deutschrechtlichen Familienfideicommisse für nicht zutreffend[82]), und in der Folgezeit hat man sie nicht einmal erwähnt.

Particularrechtlich hat man zuweilen die immerwährende Dauer der Familienfideicommisse ausdrücklich anerkannt, entweder dadurch, daß man eine besondere Bestimmung darüber in das Gesetz aufnahm[83]), oder durch die Bezeichnung der Fideicommisse, als beständige oder immerwährende[84]). Andere Gesetze freilich in dem Bestreben, die Unbeschränktheit des Willens des Stifters in dieser Hinsicht hervorzuheben, reden von den Familienfideicomissen, als für alle oder doch für mehrere Geschlechtsfolger geltenden Anordnungen[85]).

Es ist endlich der Einfluß des Willens der Familienglieder auf die Dauer des Fideicommißverhältnisses zu betrachten.

Hierbei ist zunächst zu beachten, daß, wie bei jedem Recht der Berechtigte sich durch Aufgeben desselben entäußern darf, so auch bei einem Familienfideicommiß dem Besitzer es nicht versagt werden kann, durch einen Verzicht sein eigenes Recht an demselben aufzuheben. Allein dadurch wird das Fideicommiß, als solches, nicht aufgelöst, denn dieses ist nicht nur für den gegenwärtigen Besitzer, sondern auch für die zukünftigen Mitglieder der berufenen Familie errichtet, und ein Verzicht hat nur für den Wirkung, welcher denselben ausgestellt, nicht aber für die sonstigen Familienglieder, selbst nicht einmal für die Descendenten des Verzichtenden[86]). Hinsichtlich derer, welche zugleich

---

[80]) Decius l. c. cons. 378 in fin. Cephalus, consilia l. II cons. 268 n. 25.

[81]) L. c. art. 30 n. 2—4. n. 6—11.

[82]) L. c. n. 100 sq. n. 104 sqq.

[83]) So der Cod. Max. Bav. civ. III C. 10 § 8: „8vo. Ist das Successions-Recht auf keinen gewissen Grad der Sippschaft eingeschränkt, sondern gehet soweit, als noch einer von der Familie übrig ist, es seye dann, daß 9no. Fideicommittens andere Vorsehung thut, und das Fideicommiss nur auf gewisse Personen oder Linien einschränkt, welchenfalls sich die Succession aus der Ursach, daß die Absicht des Fideicommittentis auf das Beste der Familie gegangen seye, über die gesetzte Schranken nicht ausdähnen laßt".

[84]) So § 48 Pr. A. L. R. II, 4. Hannöversches Gesetz vom 13. April 1836 § 29.

[85]) Oesterr. A. B. G. B. § 618. Bayerisches Edict über die Familienfideicommisse § 1. Sachsen-Weimarisches Gesetz vom 22. April 1833 § 1.

[86]) Dieselbe Ansicht ist vertreten bei Knipschildt l. c. XVI n. 119—132. Dalwigk III S. 72. Ebenso das Bayerische Landrecht, welches im Th. III C. 10 § 22 N. 5 nur „soviel des Fideicommissarii Person betrift" das Fideicommiß erlöschen läßt „durch gutwillige Renunciation und Begebung"; ferner das Oesterr.

Erben desselben geworden sind, und die, wie oben ausgeführt[87]), die von ihrem Erblasser über die Fideicommißgüter vorgenommenen Rechtsgeschäfte soweit anzuerkennen haben, als die Verpflichtung des Erben, facta defuncti zu prästiren, überhaupt geht, muß man unterscheiden, in welcher Weise der Verzicht erfolgte. Verzichtete das nächstberechtigte Familienglied auf den Besitz des Fideicommisses, sei es nach dem Tode des Vorbesitzers oder noch bei dessen Lebzeiten[88]), zu Gunsten eines bestimmten anderen Mitgliedes der Familie, so ist ein solcher Verzicht eben eine an das letztere vorgenommene Veräußerung. Hieran sind die Erben gebunden, ohne daß irgend welches Gewicht auf den Umstand gelegt werden dürfte, ob dieser Verzicht zugleich für sie von dem Verzichtenden abgegeben wäre, oder nicht. Hat derselbe jedoch schlechtweg auf die Succession verzichtet, so hat dies dieselbe Wirkung, als ob er durch den Tod oder aus irgend einem sonstigen Grunde aus der Reihe der successionsfähigen Familienglieder ausgefallen wäre, und die Succession gelangt an den oder die Anwärter, welche alsdann nach dem Tode des Vorbesitzers die nächstberechtigten sind, wobei natürlich die etwaige künftige Erbenqualität dieser Personen dem Verzichtenden gegenüber gar nicht in Betracht kommt. Man kann sagen, ein solcher Verzicht sei stillschweigend zu Gunsten des nächstberechtigten Anwärters abgegeben. Dadurch kann natürlich auf das Successionsrecht der Descendenten des Verzichtenden eingewirkt werden. Es verlieren dasselbe nämlich alle die, welche zur Zeit des abgegebenen Verzichts noch nicht geboren oder nach der bestehenden Successionsordnung noch nicht nachfolgeberechtigt waren, wohl aber dies geworden wären, wenn der Verzichtende bis zu seinem Tode im Besitz geblieben. Das müssen sich die gefallen lassen, welche Erben des Verzichtenden geworden sind, alle anderen können nach dem Tode desselben ihr Recht geltend machen.

Hieraus ergiebt sich auch die Antwort auf die Frage, ob ein Familienfideicommiß durch die Einwilligung sämmtlicher lebender Familienglieder aufgehoben werden könne. Sie ist zu verneinen, wie oben die Frage, ob die vom Besitzer vorgenommene Veräußerung von Fideicommißgütern durch den Consens aller lebenden Anwärter gültig werde, gleichfalls verneint werden mußte. Der in dem einen, wie in dem anderen Falle in der Einwilligung liegende Verzicht auf das eigene Recht am Fideicommiß und die Verfolgung desselben bindet den Verzichtenden selbst, wie auch seine Erben, niemals aber

---

A. L. R. II. 4. § 632. Bayerisches Edict über die Familien-Fideicommisse § 83 (s. oben S. 259). Dagegen bestimmt das großherzoglich Hessische Gesetz vom 13. September 1858 Art. 27: „Jeder Nachfolger im Fideicommiß kann auf die Nachfolge für sich und seine noch nicht erzeugten Nachkommen Verzicht leisten".

[87]) S. 271 ff.

[88]) Letzteres ist vollkommen zulässig. Es liegt hier vor ein pactum rei speratae. Die Grundsätze des römischen Rechts über das pactum de hereditate tertii viventis sind darauf natürlich nicht anwendbar.

seine Descendenten, welche die Erbschaft ausgeschlagen haben. Es liegt in der That ein Unterschied zwischen der Bedeutung des Consenses der Anwärter bei der Veräußerung von Fideicommißgütern und bei der Aufhebung des Fideicommisses überhaupt nicht vor. Das Resultat der Veräußerung, wenn sie wirklich gültig wäre, würde das sein, dem veräußerten Gut die Fideicommißqualität zu entziehen, ganz wie bei der Aufhebung des Fideicommisses das Gleiche hinsichtlich aller zu demselben gehörenden Objecte eintritt. Der Umstand, daß in dem ersten Fall die Fideicommißqualität zu Gunsten des dritten Erwerbers, und erst mittelbar zu Gunsten des veräußerenden Besitzers, insofern dieser auch ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Veräußerungsgeschäfts hat, im zweiten dagegen allein zu Gunsten des Besitzers oder gewisser Familienglieder aufgehoben wird, kann einen derartigen Unterschied nicht begründen.

So wenig aber eine Aufhebung des Fideicommißnexus durch Uebereinstimmung aller lebenden Familienglieder möglich ist, so wenig kann eine solche durch die übrigen Mittel erreicht werden, vermittelst welcher mehrere Juristen eine durch den Besitzer vorgenommene Veräußerung gültig werden ließen[89]).

Die Particulargesetze haben zum großen Theil die Auflösung des Fideicommisnexus durch die Betheiligten für möglich erklärt.

Für das ältere sächsische Recht ist in dieser Hinsicht maßgebend die Decision X vom Jahre 1746. Diese gestattet die Aufhebung eines Familienfideicommisses durch eine vor dem Gericht, von welchem die Bestätigung desselben ausgegangen, abgegebene übereinstimmende Erklärung sämmtlicher Interessenten. Doch wurde gefordert, daß eine iusta caussa vorlag, so wie daß das Fideicommiß nicht mehr in dem Besitz von Verwandten des ersten oder zweiten Grades des Stifters sich befand[90]). Daß dem Gericht eine caussae cognitio

---

[89]) S. oben S. 276 ff.

[90]) Decision X: „Wenn jemand unter seinen Descendenten oder Anverwandten ein Fideicommissum familiae, auch Majorat oder Seniorat errichtet, kann, so lange eins von dessen Kindern oder Kindeskindern, oder von denen, die sonst mit solchem Fideicommiß beschwehret, im ersten und andern Grade verwandt, vorhanden, keine Aenderung darinne getroffen werden. Wenn aber niemand von denen Kindeskindern oder denen obgedachten Anverwandten mehr am Leben, so mag zwar alsdann, wenn hierzu erhebliche Ursache sich ereignet, das Fideicommiß, Majorat oder Seniorat mit Consens aller Interessenten, jedoch andrergestalt nicht, als vor denen Gerichten, wo das Fideicommiß, Majorat, oder Seniorat confirmirt worden, aufgehoben und geändert werden. Inmaaßen auch wenn einige deren Interessenten unmündig, dabei dasjenige, was sonst die Rechte bei Veräußerung derer ihnen zustehenden Güter erfordern, zu beobachten, die Kinder hingegen, deren Eltern auf solchen Fall in die Aufhebung des Fideicommisses, Majorats, oder Seniorats consentiret, ohne Unterschied, ob sie damals bereits geboren gewesen, oder erst hernach geboren worden, diese Cassation anzufechten, keinesweges berechtigt seyn sollen. Jedoch ist dasjenige, was vorstehend verordnet, von

zugestanden, ist trotz des Erfordernisses der iusta caussa nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht anzunehmen. Für das heutige Recht bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 2539): „Zur Aenderung oder zur Aufhebung der Familienanwartschaft wird die Einwilligung sämmtlicher am Leben befindlichen Anwärter erfordert. Rücksichtlich Bevormundeter bedarf es der Beobachtung der über Veräußerung des Vermögens Pflegbefohlener bestehenden Vorschriften". Dies gilt jedoch nur für den Fall, daß das Fideicommiß bereits in die dritte Hand gekommen und auch von Seiten des Stifters nicht mit Genehmigung des Landesherrn etwas Anderes angeordnet ist[91]). Bei dem möglichen Vorhandensein unbekannter Anwärter bedient man sich in Sachsen der Edictalcitation[92]).

denen nach Publication dieser unsrer Decision, sich diesfalls begebenden Fällen lediglich anzunehmen, und hat es wegen derer vorhero errichteten Fideicommisse, Majorate oder Seniorate bei der Versehung derer gemeinen Rechte billig sein Bewenden". Die Frage, innerhalb welches Verwandtschaftsgrades die Decision eine Aufhebung des Fideicommisses nicht zuließ, ist bestritten. Ein Erläuterungsrescript vom 21. Juli 1813 (Cod. Saxonicus — von Schaffrath — I, 1456) giebt der Bestimmung die Auslegung, welche sich hier im Text findet. Ein Decret vom 21. Juni 1820 (Cod. Sax. II, 97) unterscheidet zwischen einem für die Descendenten und einem für Seitenverwandte gestifteten Fideicommiß. Bei dem ersteren soll die Aufhebung nicht zulässig sein, so lange Kinder und Enkel des Stifters dasselbe innehaben, bei dem letzteren, so lange es sich in den Händen des ersten Besitzers und von dessen Kindern befindet. Die neueren Schriftsteller, welche diese Stelle der Decisionen behandelt haben, sind der Ansicht, daß das für andere Verwandte, als die Descendenten errichtete Fideicommiß nicht aufgelöst werden dürfe, so lange Verwandte des ersten und zweiten Grades des ersten Besitzers vorhanden seien. So Steinacker (de iure fideic. fam. sec. leg. Sax. II p. 11 sqq.), Salza (a. a. O. S. 229), Freiesleben (die Familienanwartschaft S. 167 f.). Hiernach werden die Worte: „von denen" eben so verstanden, als wenn die Worte „mit denen" gebraucht wären. Ich sehe keine Veranlassung, von der im Text gegebenen, dem Sprachgebrauch einzig gemäßen Erklärung der betreffenden Worte abzugehen, weiß auch gar nicht, weshalb man daran Anstoß nimmt, daß die Aufhebung eines für andere Verwandte als die Descendenten des Stifters gegründeten Fideicommisses so lange unstatthaft sein soll, als es sich im Besitz von dessen Eltern, Großeltern (die Errichtung eines Familienfideicommisses zu Gunsten dieser und deren Descendenz ist ja doch unbedenklich) und Geschwistern befindet. Hätte der Gesetzgeber in der That mit den in Rede stehenden Worten denselben Sinn, wie die genannten Schriftsteller, verbunden, so wäre, worauf Freiesleben mit Recht hinweist, gar nicht abzusehen, weshalb ein für Seitenverwandte errichtetes Familienfideicommiß länger unauflösbar sein sollte, als das für die Descendenten des Stifters begründete; zumal da die Decision von einer derartigen Beschränkung hinsichtlich der Auflösbarkeit der zu Gunsten einer nichtverwandten Familie errichteten Familienfideicommisse ganz absieht.

[91]) B. G. B. § 2538.

[92]) Salza a. a. O. S. 229 f. Freiesleben S. 169.

Das Bayerische Landrecht enthält keine besonderen Vorschriften über die Auflösung des Fideicommißnexus durch die Interessenten und es sind daher die Bestimmungen desselben über die mit Consens der Anwärter erfolgte Veräußerung analog zur Anwendung zu bringen[93]). Das Edict über die Familien-Fideicommisse stellt aber (im § 97) den Satz auf: „Durch gemeinsames Einverständniß aller Familien-Glieder mit gerichtlicher Genehmigung kann ein Familien-Fideicommiß nur alsdann aufgelöst werden, wenn der Familie durch die Auflösung ein ausgezeichneter und fortdauernder Nutzen zugeht, oder wenn solche gebietende Umstände eintreten, welche bey einer Familie die Auflösung des Fideicommisses nothwendig machen"[94]).

Im Preußischen Landrecht fehlt es an einer Bestimmung über die vollständige Aufhebung eines Familienfideicommisses, da jedoch das Gesetzbuch Verfügungen über die Substanz desselben durch einen Familienschluß gestattet, so muß man auch jene nach demselben in dieser Form für zulässig halten. Die Praxis des Berliner Kammergerichts und Ober-Tribunals ging denn auch in der That dahin, daß ein Fideicommiß durch übereinstimmenden Beschluß sämmtlicher vorhandenen Berechtigten aufgehoben, und diese Aufhebung durch später geborene Familienglieder nicht angefochten werden könnte[95]). Dennoch hat man es für nöthig gehalten, in dem Edict vom 9. October 1807 die ausdrückliche Anordnung zu erlassen (§ 9): „Jede keinem Ober-Eigenthümer unterworfene Lehns-Ver-

---

[93]) S. oben S. 282 f.

[94]) Ueber das zu beobachtende Verfahren ordnet § 97 weiter an: — „Dabey muß 1) das Vorhaben, den bestehenden Fideicommiß-Verband aufzulösen, mit den Gründen, aus welchen die Auflösung gesucht wird, und mit dem Auflösungs-Plane dem einschlägigen Appellations-Gerichte vorgelegt, und von demselben nach vollständiger Instruction der Sache geprüft werden; 2) das Appellations-Gericht hat sämmtliche Betheiligte, und statt der Abwesenden oder Minderjährigen deren schon bestellte oder für diesen Gegenstand besonders zu bestellende Curatoren, auch den von Amtswegen für diesen Fall besonders aufzustellenden Vertreter des Fideicommisses und der Nachkommenschaft, vorzuladen, denselben die Gründe und den Plan der Auflösung umständlich zu eröffnen, und ihre Erklärung darüber aufzunehmen. Unter den Betheiligten sind nicht nur alle zur Fideicommißfolge Berechtigte, sondern auch die Substituirten begriffen. 3) Wenn einer der Betheiligten seine Einwilligung in die Auflösung des Fideicommisses verweigert, so kann das Fideicommiß nicht aufgelöst werden. Der Widerspruch des Fideicommiß-Vertreters hindert jedoch die Auflösung nicht weiter, als dessen Gründe für überwiegend erachtet werden. 4) Das Appellationsgericht prüft die Sache, erwägt die für oder gegen die Auflösung vorgebrachten Gründe, berücksichtiget die dabey etwa verflochtenen und ungekränkt zu belassenden Rechte Dritter, und faßt wegen Versagung oder Ertheilung der Genehmigung die geeignete Entschließung".

[95]) Vgl. Scholz, das bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg (Berlin 1854) Abth. III (Motive Th. 2) S. 67—73.

bindung, jede Familien- und jede Fideicommiß-Stiftung kann durch einen Familien-Schluß beliebig abgeändert, oder gänzlich aufgehoben werden." Eine gleiche Vorschrift enthält das Gesetz vom 15. Februar 1840, welches (im § 1) verordnet, daß zur Aufhebung einer Fideicommißstiftung ein Familienschluß erforderlich sei.

Ebenso läßt das Badische Landrecht das Fideicommiß aufgehoben werden durch einen Beschluß aller Stammberechtigten mit hinzutretender landesherrlicher Genehmigung [96]).

Dasselbe gilt von den beiden Braunschweigischen Gesetzen vom 28. März 1837 [97]) und vom 20. Mai 1858 [98]).

Nach dem großherzoglich Hessischen Gesetz vom 13. September 1858 (Art. 29) wird ein Familienfideicommiß aufgelöst „durch Einverständniß aller Betheiligten", ohne daß gerichtliches Abgeben dieser Erklärung gefordert würde.

Das Oesterreichische Gesetzbuch gestattet nur in beschränkter Weise die Aufhebung eines Fideicommisses durch Uebereinstimmung aller lebenden Familienglieder. Dasselbe verordnet nämlich (im § 644): „Ein Fideicommiß kann aufgelöset werden, wenn keine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist. Zur Auflösung des Fideicommiß-Bandes aber wird nebst der Einwilligung des Nutzungseigenthümers und aller Anwärter, die durch ein Edict vorzuladen sind, auch die Einvernehmung des Curators [99]) der Nachkommenschaft, und die gerichtliche Bewilligung erfordert".

Hinsichtlich des Schicksals der Fideicommißgüter nach geschehener Auflösung des Fideicommißbandes enthält das Bayerische Edict über die Familien-Fideicommisse eine Bestimmung. Hiernach ist zuerst maßgebend die Uebereinkunft der Betheiligten, in Ermangelung einer solchen werden die Güter freies Eigenthum dessen, welcher sich zur Zeit der Auflösung im Besitz befand [100]). Diesen Grundsatz werden wir, da er mit Nothwendigkeit aus der Natur der Auflösung folgt, auch für die Particularrechte, in denen eine derartige Vorschrift fehlt, zur Anwendung bringen können.

---

[96]) Badisches Landr. Art. 577 cs.: „Das Stammgut verliert diese Eigenschaft, — wenn alle Stammberechtigte, die am Leben sind, oder deren Pfleger, unter landesherrlicher Bewilligung die Auflösung beschließen; die Ungebornen sind hiebei weiter nicht in Betracht zu ziehen, als soweit sie schon gezeugt sind, ihr Vater aber gestorben ist, und deßwegen nach Satz 393 ein Pfleger der Leibesfrucht sie zu vertreten hat".

[97]) Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 24 (s. o. S. 287 Note 280).

[98]) Braunschw. Ges. vom 20. Mai 1858 § 8 N. 4 (s. o. S. 287 Note 282).

[99]) Die Einwilligung des Curators ist für die Auflösung des Fideicommißnexus nicht erforderlich.

[100]) Edict § 98: „Bei dieser Auflösung des Fideicommisses werden die rechtlichen Folgen derselben durch die hierbei festgesetzten Bedingungen bestimmt; dasjenige, worüber nichts festgesetzt wurde, bleibt dem letzten Besitzer".

§ 25.

Die Aufhebung der Familienfideicommisse durch die Gesetzgebung.

Wie jedes Rechtsverhältniß, so unterliegen auch die Familienfideicommisse der Aufhebung von Seiten der Gesetzgebung. Diese kann nicht nur die Errichtung von Familienfideicommissen für die Zukunft untersagen, sondern auch die bereits bestehenden beseitigen.

Man hat es freilich für nöthig gehalten, die Frage, ob die Macht der Gesetzgebung in der That so weit gehe, zu erörtern[1]), und die verschiedenen Schriftsteller sind zu einem verschiedenen Resultat gelangt, indem diese Befugniß auf der einen Seite der gesetzgebenden Gewalt eben so bestimmt abgesprochen, als auf der anderen zugestanden wird. Die Begründung der ersteren Ansicht geschieht folgendermaßen. Eine Verletzung wohlerworbener Rechte durch die Gesetze sei unstatthaft; eine solche liege in der Aufhebung der Fideicommisse, denn dadurch werde den Anwärtern ihr Successionsrecht, welches nicht als bloße Hoffnung, sondern als ius quaesitum zu bezeichnen sei, entzogen. Es sei ferner ein allgemeines für jede Gesetzgebung maßgebendes Princip, daß dem Gesetz keine rückwirkende Kraft zukomme. Eine solche müßte aber dem Gesetz beigelegt werden, durch welches die bestehenden Familienfideicommisse, deren Errichtung in die Vergangenheit fiele, beseitigt würden[2]). Die entgegenstehende Meinung stützt sich darauf, daß die Rechte der Fideicommißanwärter nicht als wohlerworbene bezeichnet werden dürften, und daß deshalb auch hier von einer Anwendung des Verbots der rückwirkenden Kraft der Gesetze nicht die Rede sein könne[3]).

Was nun die letztere Ansicht betrifft, so habe ich zwar oben selbst bemerkt, daß ich den Anspruch der Anwärter auf Succession nicht als gegenwärtiges Recht auffassen könne[4]), nichts desto weniger glaube ich doch auf das Fideicommißverhältniß den Begriff des ius quaesitum[5]) anwenden zu dürfen, in so fern als es sich hier um ein bestehendes, durch eine Privatdisposition in's Leben gerufenes Rechtsverhältniß handelt, aus welchem für alle die, bei denen bestimmte vom Stifter aufgestellte Voraussetzungen zutreffen, ein Anspruch auf den Erwerb gewisser Vermögensobjecte hervorgeht, der ihnen durch keinen Willensact irgend eines Dritten entzogen werden kann. Aus diesem Grunde

---

[1]) Diesem Gegenstande sind zwei besondere Schriften gewidmet: Rive, über die Aufhebung der Fideicommisse, als Folge der Einführung des französischen Civilgesetzbuches (Cöln 1822). Leisemühl, über den Einfluß des französischen Rechts auf Fideicommisse in Deutschland (Braunschw. 1830).

[2]) Leisemühl a. a. O. S. 27—54. Salza, Familien-Fideicommisse S. 241.

[3]) Rive a. a. O. S. 32—48. [4]) S. S. 327.

[5]) Vgl. hierüber Beseler, System § 21 und die daselbst Note 10 citirten Schriftsteller.

wird man daher nicht die Befugniß des Gesetzgebers herleiten dürfen, die bestehenden Fideicommisse aufzuheben. Allein von den als Gründen für die entgegengesetzte Ansicht aufgestellten Sätzen ist der erstere überhaupt, der letztere in der hier davon gemachten Anwendung falsch. Es ist zwar richtig, daß einem Gesetz nicht rückwirkende Kraft zukomme. Das bedeutet aber lediglich: an und für sich bezieht sich ein Gesetz immer nur auf die Zukunft, soll es nur für die zukünftigen Verhältnisse die maßgebende Norm sein, der Richter darf es nicht auf solche anwenden, welche bereits abgeschlossen sind, woraus schon gewissen Personen Rechte und Pflichten erwachsen sind; allein es bedeutet keineswegs, daß der Gesetzgeber diese Regel gleichfalls beobachten müsse und daher niemals einem Gesetz ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegen dürfe. Der Satz enthält also eine Vorschrift für den Richter über die Anwendung des Gesetzes für den Fall, daß dieses nicht selbst das Nähere darüber bestimmt, aber nicht für den Gesetzgeber. Eben so wenig kann der Gesetzgeber gehindert werden, durch ein Gesetz Rechte, Privatrechte zu verletzen, sei es, daß dies durch ein Gesetz geschieht, welchem rückwirkende Kraft beigelegt ist, oder durch ein solches, welches direct gegen bestehende Rechte gerichtet ist und diese vernichtet. Die Gesetzgebung ist souverain, über ihr steht keine irdische Macht; ist aber das Gesetz erlassen, so hat der Richter, wie jede andere Behörde, welcher die Handhabung der Gesetze obliegt, dasselbe zu beobachten. Der Richter hat allerdings zu prüfen, ob ein Gesetz ordnungsmäßig publicirt, ob es verfassungsmäßig zu Stande gekommen ist, weil dies zum Vorhandensein eines Gesetzes gehört, aber er hat bei der Anwendung nicht danach zu fragen, ob der Erlaß des Gesetzes vom allgemein menschlichen Standpunkt aus nicht etwa eine Ungerechtigkeit gegen die Staatsbürger überhaupt oder gewisse Classen derselben oder auch einzelne enthält, ob er nicht als Act reiner Willkür erscheint. Er hat unbedingt auch in solchem Fall nach dem Gesetz zu sprechen, und sich eben mit dem Satz **Ulpian's** zu beruhigen: quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.

Was übrigens die Bedeutung der Aufhebung der Fideicommisse durch die Gesetzgebung betrifft, so ist das nicht aufzufassen als die Folge der rückwirkenden Kraft eines gegen die Begründung von Fideicommissen gerichteten Gesetzes, sondern als die unmittelbare Wirkung des Gesetzes, welches auf Beseitigung dieses Instituts und Vernichtung der daraus für die Einzelnen hervorgehenden Rechte gerichtet ist. Es ist das Princip der Zwangsenteignung, welches zur Anwendung gebracht wird[6]). Gerade von diesem Gesichtspunkte aus könnte man aber die Befugniß des Gesetzgebers, die bestehenden Familienfideicommisse aufzuheben, einschränken wollen. Es ist nämlich ein Princip, welches in der modernen Gesetzgebung über die Expropriation und den Verfassungsurkunden zum Ausdruck gelangt ist, daß das Privateigenthum und

---

[6]) S. **Beseler** a. a. O.

demzufolge auch alle sonstigen Vermögensrechte nur gegen vollständige Entschädigung vom Staat den Einzelnen entzogen werden dürfen. Könnte man hieraus den Schluß ziehen, daß der Staat den sämmtlichen Mitgliedern einer Familie, für die ein Fideicommiß errichtet ist, vollen Ersatz des ihnen durch die Aufhebung desselben zugefügten Schadens zu Theil werden lassen müsse[7]), so käme dies einer Beseitigung der in Rede stehenden Befugniß des Staats gleich; denn den sämmtlichen Familiengliedern, zu denen ja auch die erst in der Zukunft zur Welt kommenden gehören, kann volle Entschädigung nur dadurch zu Theil werden, daß die Entschädigungssumme wieder zu einem Familienfideicommiß, einem Geldfideicommiß gemacht wird. Das aber ist natürlich nicht der Zweck der Aufhebung der Fideicommisse, daß an die Stelle von Grundfideicommissen Geldfideicommisse treten. Allein ist auch das angegebene Princip im Allgemeinen anerkannt, so ist es doch kein solches, welches nicht im einzelnen Falle durch die Gesetzgebung selbst beseitigt werden könnte, und daß dies in der That geschehen ist, dafür lassen sich auch aus der neueren Zeit Beispiele anführen[8]).

Uebrigens ist die Tragweite der hier als irrig bezeichneten Meinung nicht allzu groß. Leisemühl[9]) folgert daraus für den Richter das Recht und die Pflicht, in dem Fall, daß das Gesetz über seine Absicht Zweifel übrig läßt, dasselbe stets zu Gunsten der Erhaltung der Privatrechte, also bei der uns beschäftigenden Materie gegen die Aufhebung der bereits bestehenden Fideicommisse auszulegen. Dagegen läßt sich nun nichts sagen; denn natürlich müssen derartige exorbitante Bestimmungen, wie die auf Entziehung bestehender Vermögensrechte gerichteten, ganz deutlich im Gesetz ausgedrückt sein, und wenn irgend ein wirklicher Zweifel an der hierauf gerichteten Absicht des Gesetzgebers bestünde, so würde auch eine solche nicht anzunehmen sein. Freilich dürfte der Richter von der genannten Befugniß nicht einen solchen Gebrauch, wie Leisemühl selbst, machen, der durch die willkürlichste Interpretation ein die Fideicommisse mit dürren Worten aufhebendes Gesetz denselben unschädlich macht. Salza[10]) hat jedoch die ganz verkehrte Behauptung aufgestellt, daß die Rechte der Interessenten an den durch ein Gesetz aufgehobenen Familienfideicommissen wieder auflebten, sobald „ein dergleichen widriges Gesetz" aufhöre, d. h. dieses Gesetz durch ein neues aufgehoben

[7]) Diesen Satz hat Leisemühl (a. a. O. S. 9) in der That aufgestellt. Er behauptet, „daß kein Gesetzgeber je die Befugniß haben könne, ein altes längst bestehendes Fideicommiß aufzuheben; es wäre denn, daß er eine Theilung der Güter unter sämmtliche Anwärter dabei verfügte".

[8]) So die Bestimmung der Bundesacte Art. 18 und der Bundesbeschluß vom 23. Juni 1817 über die Aufhebung von Nachsteuer und Abschoß, das preußische Jagdgesetz vom 31. October 1848 hinsichtlich der Aufhebung des Jagdrechts auf fremden Grund und Boden.

[9]) A. a. O. S. 58 f. [10]) A. a. S. O. 241.

wird, welches sich aber über die in Folge jenes eingetretenen Rechtsveränderungen nicht ausläßt.

Welche Wirkungen ein den Fideicommißnexus vernichtendes Gesetz auf die Rechte der Betheiligten ausübt, ist lediglich seinen Vorschriften zu entnehmen. Hat sich dasselbe darauf beschränkt, die Aufhebung einfach auszusprechen, so ist nothwendiger Weise anzunehmen, daß diese zu Gunsten der jeweiligen Besitzer eintreten soll. Wir dürfen den Anwärtern in solchem Falle eine Entschädigung nicht aus dem Grunde zusprechen, weil, wie oben bemerkt wurde, die durch eine Zwangsenteignung Betroffenen die ihnen zukommende Vermögensrechte, nach dem heutzutage regelmäßig zur Anwendung kommendenn Princip, nur gegen Entschädigung aufzugeben brauchen. Denn bei der Unmöglichkeit allen, auch zukünftigen, Familiengliedern eine solche zu gewähren würde es an jedem Anhalt dafür fehlen, welchen eine Abfindung zuzusprechen wäre. Die Anwärter können eine solche nur dann verlangen, wenn sie ihnen durch das Gesetz ausdrücklich zuertheilt ist.

Die hier aufgestellten Grundsätze erhalten ihre Bestätigung durch die über die Aufhebung der Familienfideicommisse erlassenen Gesetze. Hier kommt zunächst in Betracht die im Anfang unseres Jahrhunderts in einem großen Theil von Deutschland geltend gewordene französische Gesetzgebung. Der Code Napoléon bestimmt im Art. 896: Les substitutions sont prohibées. Toute disposition, par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé, de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle. Von diesem Gesetz kann man nicht sagen, daß es gegen die bestehenden Familienfideicommisse gerichtet; es verbietet lediglich die Errichtung von solchen. Die Fassung des Gesetzes läßt eine andere Auslegung nicht zu. Der Gesetzgeber hatte in Frankreich selbst zu anderweitiger Festsetzung keine Veranlassung, da bei Emanation des Code Familienfideicommisse hier nicht mehr existirten. Sie waren beseitigt worden durch das Gesetz vom 25. October und vom 14. November 1792[11]). Anders aber konnte die Bestimmung auch in Deutschland nicht verstanden werden. Nichts desto weniger wurde bei Einführung des Code in Westphalen die Frage an den Staatsrath gerichtet, welche Wirkung der 896. Artikel des Code auf die am 1. Januar 1808, dem Tage von welchem die Gesetzeskraft des letzteren in Westphalen datirte, existirenden Substitutionen habe, und vom Staatsrath dahin beantwortet: „daß kraft des

[11]) Ges. vom 25. October 1792 Art. 1: Toutes substitutions sont interdites et probibées à l'avenir. Art. 2: Les substitutions faites avant la publication du présent décret, par quelques actes que ce soit, et qui ne seront pas ouvertes à l'époque de la dite publication, sont et demeurent abolies et sans effet. Art. 3: Les substitutions ouvertes lors de la publication du présent décret n'auront d'effet, qu'en faveur de ceux seulement qui auront alors recuilli les biens substitués, ou le droit de les réclamer.

896ten Artikels des Codex Napoleon, die fideicommissarischen Substitutionen nicht weiter bestehen können; daß dennoch der nächste Fideicommißerbe, welcher vor dem 1ten Januar 1808 geboren ist, noch zur Succession gelangen soll, jedoch nur Er allein, und dergestalt, daß ihm die völlig freie Verfügung über die Güter zustehet"[12]). Bei diesem Gutachten ging man davon aus, daß ein neues Gesetz die Folgen eines vorhergehenden verändern könnte, ohne jedoch wohlerworbene Rechte zu kränken; daß indeß die Fideicommißerben, bei Lebzeiten des Vorbesitzers lediglich eine Hoffnung, aber kein ius quaesitum hätten. Die Ausnahme zu Gunsten des bereits an dem Tage, wo das Gesetz in Kraft trat, geborenen Successors beruhte lediglich auf Billigkeitsgründen. Daß dieses Gutachten keineswegs dem wahren Sinn der Bestimmung des Code entspricht, geht aus dem oben Gesagten[13]) hervor[14]). Das Organisations-Decret für die Hanseatischen Departements vom 4. Juli 1811 (Art. 155) ergänzt den Code in folgender Weise: Les substitutions de la nature de celles, qui sont prohibées par le Code Napoléon, seront abolies et cesseront d'avoir leur effet, à compter du jour, où ce Code sera mis en activité. Néanmoins la substitution, faite antérieurement à la mise en activité de ce Code tiendra au profit du premier appellé, né avant cette époque. Hors ce seul cas, le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable. Hiernach sind also auch die bestehenden Familienfideicommisse aufgehoben und nur noch einmal soll die Fideicommißsuccession eintreten zu Gunsten des Nächstberechtigten, wenn derselbe bereits existirte, als der Code Gesetzeskraft erhielt[15]). Von einer Entschädigung der sonstigen Familienglieder ist nicht

---

[12]) Gutachten des westphälischen Staatsraths vom 9. Januar 1808.

[13]) S. S. 460f.

[14]) Ein späteres Gutachten vom 25. März 1809 läßt den nächsten am 1. Januar 1808 bereits vorhandenen Seitenverwandten des Besitzers durch die erst nachher geborenen Descendenten des letzteren ausgeschlossen werden.

[15]) Leisemühl (a. a. O. S. 111 ff.) versteht die Bestimmung des Organisationsdecrets von einer vor der Einführung des Code zwar errichteten aber noch nicht eröffneten Substitution. Es giebt dies einen Beleg für die von mir oben hervorgehobene Willkürlichkeit der Interpretation dieses Schriftstellers. Zur weiteren Veranschaulichung derselben mag hier die Uebersetzung, welche er von der angeführten Bestimmung giebt, ihre Stelle finden: „Die Substitutionen von der Art, wie sie der Code Napoleon verbietet, sollen aufgehoben werden und keine Wirkung erlangen (cesseront d'avoir leur effet), von dem Tage an gerechnet, an welchem der Code in Kraft treten wird (sera mis). Nichts desto weniger soll eine vor Einführung des Code errichtete Substitution, zu Gunsten des ersten (des zuerst berufenen) Substituten, welcher vor diesem Zeitpunkte geboren, Stand halten (bei Kräften bleiben, erhalten werden, — tiendra). Diesen einzigen Fall ausgenommen, soll der instituirte Erbe (grevé) der Güter als völlig freier Eigenthümer sich zu erfreuen haben".

die Rede. Das Decret vom 24. Januar 1812 dehnte lediglich diese Bestimmungen auf Ostfriesland, einige andere Gegenden von Norddeutschland und Holland aus. Endlich verordnet das Decret von Antwerpen vom 30. September 1811 (Art. 11) für die Districte Illyriens, welche an Frankreich gekommen waren, in gleicher Weise, daß die Substitutionen, welche durch den Code verboten, vom 1. Januar 1812 an wirkungslos würden; doch sollten die vor der eingetretenen Wirksamkeit des Code gemachten Substitutionen zum Vortheil des vor diesem Zeitpunkt geborenen Erstberufenen gültig sein.

In Bayern wurden durch das Gesetz vom 28. Juli 1808 (§ 69 f.) die Familienfideicommisse ebenfalls aufgehoben, ohne daß jedoch hier zu Gunsten des Nächstberechtigten eine Ausnahme gemacht worden wäre.

Nachdem nach den Freiheitskriegen die Fideicommisse fast überall da, wo sie durch die französische Gesetzgebung oder unter deren Einfluß aufgehoben, wiederhergestellt waren[16]), machte sich im Jahre 1848 von Neuem das Bestreben geltend, dieselben zu beseitigen. In den Grundrechten des deutschen Volks heißt es (im § 38): „Die Familienfideicommisse sind aufzuheben. Die Art und Bedingungen der Aufhebung bestimmt die Gesetzgebung der einzelnen Staaten" [17]). Demzufolge sind auch in zwei Staaten über die Aufhebung der Familienfideicommisse ausführliche Gesetze erlassen, nämlich in Braunschweig das Gesetz vom 19. März 1850 und in Oldenburg das Gesetz vom 28. März 1852, von denen freilich das erstere durch das Gesetz vom 20. Mai 1858 wieder aufgehoben ist.

Das Braunschweigische Gesetz hatte unter sofortiger Auflösung des Fideicommißnexus bestimmt, daß die Fideicommißgüter sich, sowie das Gesetz in Kraft getreten, in der Hand des Besitzers in allodiales Eigenthum verwandeln sollten[18]). Doch wurde nicht nur dem, welcher nach dem Tode des jeweiligen Inhabers zur Nachfolge, sondern auch denen, welche alsdann zu einer Abfindung aus dem Familienfideicommiß berechtigt wären[19]), der Anspruch auf eine

[16]) Die preußischen Gesetze, welche sich hierauf beziehen, sind aufgezählt bei Koch, Kommentar Anm. 1 zum A. L. R. II, 4 Abschn. 3.

[17]) Ebenso verordet die Preußische Verfassungsurkunde Art. 40: — „die Stiftung von Familien-Fideikommissen ist untersagt. Die bestehenden — Familien-Fideikommisse sollen durch gesetzliche Anordnung in freies Eigenthum umgestaltet werden". Allein diese Bestimmung ist bereits durch das Gesetz vom 5. Juni 1852 wieder aufgehoben. Die gleiche Vorschrift enthielt die durch die Verordnung vom 4. November 1851 wieder aufgehobene Verfassungsurkunde für Anhalt-Dessau vom 29. October 1848 (§ 26).

[18]) Braunschw. Ges. vom 19. März 1850 § 1: „Die Familienfideicommisse werden im Umfange unseres Herzogthums mit dem Tage aufgehoben, an welchem dieses Gesetz in Kraft tritt". § 2: „Der jetzige Fideicommiß-Inhaber erhält die Befugniß der freien Verfügung über die Substanz des Fideicommisses unter Lebenden und auf den Todesfall, jedoch nur unter folgenden Beschränkungen".

[19]) S. Braunschw. Ges. vom 28. März 1837 § 23 (o. S. 316 Note 3).

Entschädigung zugesprochen. Dieselbe sollte für den Successionsberechtigten ein Drittel des Fideicommißvermögens[20]) und für alle Abfindungsberechtigte zusammen eben so viel betragen[21]).

Das Oldenburgische Gesetz vom 28. März 1852 hebt die bestehenden Fideicommisse auf[22]). Es läßt dieselben nur fortdauern hinsichtlich der ersten in der Stiftung enthaltenen Substitution[23]). Es läßt ferner bei den Familienfideicommissen, welche bereits in den Erbgang gekommen, die fideicommissarische Succession noch ein Mal eintreten „zu Gunsten desjenigen, welcher" an dem Tage, mit welchem das Gesetz in Kraft tritt „zur Nachfolge zunächst berechtigt ist und bis zur Eröffnung der Erbfolge ununterbrochen der zunächst Berechtigte bleibt" [24]), sowie, wenn dieser vor Eröffnung der Erbfolge fortfällt, des an dem angegebenen Tage „schon geborenen Abkömmlings des Wegfallenden, welcher beim Fortbestande des Fideicommisses in Folge jenes Wegfallens der zunächst Berechtigte geworden wäre, vorausgesetzt, daß derselbe bis zur Eröffnung der Erbfolge ununterbrochen der zunächst Berechtigte bleibt" [25]). Stirbt jedoch der, „zu dessen Gunsten die Erbfolge noch einmal eintreten soll" vor Eröffnung derselben, oder verliert er „— z. B. in Folge der Geburt eines näher oder gleich Berechtigten — die nächste oder alleinige Berechtigung", „so wird der Gegenstand des Fideicommisses ganz, beziehungsweise der Theil desselben, auf welchen die Ansprüche des Wegfallenden sich erstreckten, oder

---

[20]) Braunschw. Ges. vom 19. März 1850 § 3: „Demjenigen, welchem bei dem Tode des jetzigen Fideicommiß-Inhabers die Nachfolge in dasselbe zustehen würde, gebührt eine Entschädigung, welche ein Drittel des jetzigen Werthes des Fideicommisses betragen soll".

[21]) Braunschw. Ges. vom 19. März 1850 § 4: „Denjenigen, welche durch den Tod des jetzigen Fideicommiß-Inhabers zu einer Abfindung oder Competenz aus dem Fideicommiß berechtigt werden würden, gebührt gleichfalls eine Entschädigung, welche ein Drittel des jetzigen Werthes des Fideicommisses betragen soll, und unter ihnen nach Stämmen vertheilt wird". — Hinsichtlich der auf einem Fideicommißgut haftenden Fideicommißstämme verordnet § 5: „Die Fideicommißstämme, die auf einem Fideicommißgut haften, werden zum Besten der Linie, für welche sie bestellt sind, nach demselben Grundsatze aufgehoben, als die Fideicommiß-Qualität der Güter selbst. Bestehen sie in vererblichen jährlichen Renten, so sind sie mit dem fünfundzwanzigfachen Betrage abzulösen".

[22]) Oldenb. Ges. vom 28. März 1852 Art. 1: „Alle Fideicommisse sind, unter den näheren Bestimmungen der folgenden Artikel, aufgehoben, und geht der Gegenstand derselben in das freie Eigenthum des Besitzers über".

[23]) Art. 3. Das Gesetz hebt überhaupt die Fideicommisse, „welche nur eine einmalige Substitution enthalten", nicht auf (Art. 2).

[24]) Art. 4 § 1 N. 1 und Art. 41: „Das gegenwärtige Gesetz tritt am 1. Mai 1852 in Kraft".

[25]) Art. 4 § 1 N. 2.

rücksichtlich dessen die Ansprüche verloren sind, freies Eigenthum des Besitzers"[26]). So lange nach diesen Bestimmungen der Fideicommißnexus fortbesteht, bleiben natürlich die Rechte der Anwärter, welche gewisse Bezüge aus den Fideicommißeinkünften fordern können, ungeschmälert[27]).

Anhang.

§ 26.

Einige Bemerkungen zur Erörterung der Frage, ob die Aufhebung der Familienfideicommisse durch die Gesetzgebung gerechtfertigt sei.

Wir sahen im vorigen Paragraphen, daß der Gesetzgeber unbedingt zur Aufhebung der Familienfideicommisse befugt sei. Allein das ist außerordentlich bestritten, ob diese Aufhebung wünschenswerth sei oder nicht; und deshalb mögen hier folgende kurze Bemerkungen ihre Stelle finden, die jedoch keineswegs den Anspruch machen, die Sache auch nur annäherungsweise zu erschöpfen.

Hierbei wird zunächst die Frage in Betracht zu ziehen sein, ob die Existenz der Familienfideicommisse durch den Vortheil des Staats bedingt sei. Dieselben sind dazu bestimmt, gewissen Familien zur Erhaltung und Erhöhung des Glanzes und Ansehens Reichthum zu gewähren. Nun läßt es sich aber sicher nicht behaupten, daß der Staat an dem Reichthum einiger weniger Familien ein Interesse habe, für ihn kommt nur der allgemeine Wohlstand in Betracht. Früher machte man in dieser Beziehung den Umstand geltend, daß die Familienfideicommisse ein Mittel wären, um dem Erbadel, welcher einen nothwendigen Bestandtheil des Staats ausmache, und von diesem als bevorzugter Stand anerkannt sei, eine würdige Stellung zu bewahren. Allein dieser Grund ist für die heutigen Verhältnisse nicht maßgebend; der Adel darf nicht mehr als wesentlicher Theil des Staats betrachtet werden, die politische Bedeutung des Adels hat vielmehr ganz und gar aufgehört; der-

---

26) Art. 4 § 2. Selbstverständlich ist die Bestimmung des Art. 5: „Durch die Vereinbarung des Besitzers mit dem nach den Bestimmungen des Art. 4 § 1 Ziffer 1 Berechtigten, oder, wenn dieser weggefallen ist, mit dem nach den Bestimmungen des Art. 4 § 1 Ziffer 2 Berechtigten, welche einen Verzicht auf die den letzteren ertheilten Rechte enthält, wird der Gegenstand des Fideicommisses, beziehungsweise der Theil desselben, auf welchen die Rechte des Verzichtenden sich erstreckten, mit dem Abschlusse jener Vereinbarung freies Eigenthum des Besitzers".

27) Art. 10: „Die an dem im Art. 41 angegebenen Tage schon erworbenen Ansprüche auf eine Abfindung (Competenz, Apanage) bleiben ungeschmälert, desgleichen wenn in Anwendung der Bestimmungen des Art. 4 die fideicommissarische Erbfolge noch ein Mal eintritt, die Rechte desjenigen, welcher bei dem Eintritte jener Erbfolge eine Abfindung hätte fordern können, wenn das Fideicommiß-Verhältniß nicht aufgehoben wäre.

selbe kann lediglich als ein socialer Stand angesehen werden. Es ist ferner zu beachten, daß nach gemeinem Recht und beinah allen Particulargesetzen die Errichtung von Familienfideicommissen nicht dem Adel allein, sondern einem Jeden gestattet ist.

Kann man hiernach das Familienfideicommiß nicht als ein durch das Interesse des Staats gebotenes Institut bezeichnen, so darf man doch sagen, daß, nachdem einmal die Verfügungsfähigkeit des Einzelnen durch das Recht die Ausdehnung erhalten hat, daß er nicht nur das Schicksal seines Vermögens oder gewisser Stücke desselben unmittelbar nach seinem Tode, sondern für alle Zeiten bestimmen kann, diese Befugniß nicht aufgehoben werden dürfe, wenn nicht das Institut den öffentlichen Interessen oder denen der Einzelnen nachtheilig ist.

In dieser Hinsicht bedarf nun zunächst der Grund, welcher von älteren Schriftstellern geltend gemacht wird, daß die durch den Reichthum hervorgerufene Macht einzelner Familien dem Staat selbst gefährlich werden könne, heutzutage keiner Widerlegung mehr; und der Einwand, daß durch die Familienfideicommisse dem Adel ein überwiegender und den übrigen Ständen nachtheiliger Einfluß gegeben werde, wird erledigt durch die oben gemachte Bemerkung, daß jener Stand nicht allein zur Errichtung von solchen befugt ist. Man macht aber weiter geltend, daß die freie Veräußerlichkeit und Zersplitterung des Grundbesitzes der Landescultur förderlich sei. Ist indeß dies nun auch im Ganzen richtig, so ist doch zu sagen, daß eine zu weitgehende Parcellirung des ganzen Grundes und Bodens eines Landes wohl eben so große Nachtheile mit sich führt, als ein Anhäufen all zu vielen Landeigenthums in einer Hand, denn um nur ein paar Beispiele anzuführen, kann neue landwirthschaftliche Versuche, welche für die gesammte Bodencultur von der größten Wichtigkeit sind, der Besitzer ganz kleiner Landgüter schwerlich anstellen, da es ihm hierzu regelmäßig an den nöthigen Mitteln fehlt, und einer Zertheilung der Waldungen wird doch wohl schwerlich irgend Jemand das Wort reden wollen. Dagegen kann man diesen Grund sehr wohl geltend machen für eine Beschränkung der Fideicommisse hinsichtlich der Größe der zu denselben zu widmenden Güter; es läßt sich daraus das Setzen eines Maximums durch die Gesetzgebung rechtfertigen. Sodann führt man an, daß die bei Fideicommissen regelmäßig stattfindende Successionsordnung eine Ungerechtigkeit gegen die weiblichen Verwandten, welche durch die männlichen ausgeschlossen, und die nachgeborenen Söhne, welche von den älteren verdrängt würden, enthalte, ein Einwand, dessen Grundlagen, wenn auch nicht bei allen, doch bei den wichtigsten Familienfideicommissen, nämlich denen, bei welchen Individualsuccession mit ausschließlicher Berechtigung des Mannsstamms vorgeschrieben ist, zutreffen. Allein die Vertheidiger dieser Ansicht vergessen, daß das Fideicommißgut, welches nach dem Tode eines Besitzers auf einen von dessen Söhnen fällt, ohne die Stiftung möglicher

Weise gar nicht an jenen gekommen wäre, und somit überhaupt nicht von ihm hätte vererbt werden können. Man kann es eben so wenig eine Unbilligkeit nennen, daß die in Folge des Fideicommißvermögens ihres Vaters an eine glänzende Lebensweise gewöhnten Töchter nach dessen Tode vielleicht dem Mangel ausgesetzt werden, als es Jemandem einfallen wird, dies hinsichtlich der Töchter eines mit hohem Gehalte versehenen Beamten zu bemerken. Was aber den Stifter des Fideicommisses selbst betrifft, so steht dieser seinen Kindern und sonstigen nächsten Anverwandten gegenüber nicht anders, als jeder Testator da. Ersterer muß seinen Notherben eben so gut wie der letztere den Pflichttheil hinterlassen, und mehr kann auch von dem Testator niemals gefordert werden. Endlich wird auf die Unsicherheit des Verkehrs hingewiesen, welche aus der Unveräußerlichkeit der Fideicommißgüter hervorgeht. Doch hierauf braucht man in der That kaum etwas zu erwiedern, denn so gut man es Jemandem zumuthet, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob das Gut, über welches er mit einem Anderen ein Geschäft abschließt, in dessen Eigenthum steht, eben so gut kann man von ihm verlangen, daß er sich erkundige, ob derselbe freie Dispositionsbefugniß darüber habe.

Ein Umstand indeß, glaube ich, läßt sich in der That gegen die Familienfideicommisse geltend machen. Es ist dies ihre immerwährende Dauer. Der Stifter trifft in der Fideicommißerrichtung eine Verfügung, so viel an ihm liegt, für alle zukünftigen Zeiten. Das Fideicommiß kann weder aufgehoben, noch dürfen die für dasselbe vom Stifter festgesetzten Regeln in der Folge abgeändert werden. Es ist nun aber doch möglich, daß Verhältnisse eintreten, welche bewirken, daß in Folge der Unmöglichkeit, die Fideicommißgüter mit Schulden zu belasten und zu veräußern, sowie das Fideicommiß überhaupt aufzuheben, den Mitgliedern der berufenen Familie aus dem Fideicommiß statt des Vortheils, welchen denselben der Stifter zuzuwenden gedachte, nur Schaden erwächst. Dieser Grund spricht allerdings nicht unbedingt gegen die Familienfideicommisse überhaupt, aber gegen die absolute Unveräußerlichkeit und Unauflöslichkeit derselben. Es ist daher nur zu billigen, wenn die über die Familienfideicommisse erlassenen Particulargesetze in dieser Hinsicht vom gemeinen Recht abgewichen sind.

Register.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

Q.

R.

S.

Druckfehler.

Seite 14 Zeile 12 nach „zugewandt hatte" zu streichen „er".
„ 29 „ 12 statt „spricht, er unter" — „spricht, unter".
„ 29 „ 25 statt „auf" — „nach".
„ 39 „ 26 statt „oben" — „ob".
„ 60 „ 26 nach „querela inofficiosi testamenti" adde „nachgebildete Klage".
„ 64 „ 31 zu streichen „von vorn herein".
„ 82 „ 17 statt „er" — „man".
„ 91 „ 24 statt „aber" — „eben".
„ 98 „ 5 statt „instituirt" — „substituirt".
„ 120 „ 12 statt „wieder" — „weder".
„ 181 „ 2 statt „und" — „und da".
„ 199 „ 21 statt „auszuüben" — „dasselbe auszuüben".
„ 211 „ 9 statt „zur" — „auf".
„ 235 „ 13 statt „Erwerber" — „Successor".
„ 235 „ 14 zu streichen „und natürlich auch dessen Erben".
„ 248 Note 125 Zeile 5 statt „Handlung" — „Veräußerung".
„ 250 Zeile 33 nach „würde" adde 136).
„ 251 „ 8 statt „Geschäfts" — „Guts".
„ 281 „ 24 statt „genommen" — „gewonnen".
„ 284 Note 268 Zeile 12 statt „natürlich" — „natürlich nur".
„ 300 Zeile 18 statt „auf den Fideicommißgütern" — „auf die Fideicommißgüter".
„ 328 „ 11 statt „Successionsrecht" — „Erbfolgerecht".
„ 340 Note 57 Zeile 3 nach „Rechtsfälle" zu streichen „Th. I".
„ 347 Zeile 8 statt „im Text" — „oben".
„ 347 Note 78 Zeile 20 nach „im Text" adde „für das gemeine Recht".

Zusätze.

S. 135 ist dem über das österreichische Recht Gesagten hinzuzufügen:

Das Gesetz vom 13. Juni 1868 verwandelt die durch das bürgerliche Gesetzbuch vorgeschriebene landesherrliche Einwilligung (denn diese ist unter der Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt, von der sowohl dieses Gesetzbuch, als das Galizische spricht, zu verstehen) in Genehmigung durch das Gesetz. Dasselbe bestimmt nämlich im § 1: „Vom Tage der Kundmachung dieses Gesetzes anfangend, kann die Bewilligung zur Errichtung eines Fideicommisses nur durch ein Reichsgesetz ertheilt werden. Der betreffende Gesetzesvorschlag hat als Regierungsvorlage an den Reichsrath zu gelangen."

Zu S. 164 Note 18. Die Verpflichtung des Besitzers, wegen Restitution des Fideicommisses dem Successor auf Verlangen Caution zu leisten, wird auch beim Familienfideicommiß anerkannt in den Gründen eines Erkenntnisses des O. A. G. zu Lübeck vom 28. September 1850 (bei Seuffert, Archiv XI N. 68).

Zu S. 101 dem über das österreichische Recht Gesagten ist hinzuzufügen:

Durch das Gesetz vom 13. Juni 1868 (§ 3) ist für die Verschuldung des Fideicommisses in höherem, als durch das Bürgerliche Gesetzbuch zugelassenen, Maße die Genehmigung des obersten Gerichts- und Cassationshofs vorgeschrieben.

Zu S. 171 dem über das Preußische Landrecht Bemerkten ist hinzuzusetzen:

Bei Geldfideicommissen ist Mitwirkung des Richters, und zwar des Richters, welcher das Fideicommiß bestätigt hat, bei der Rückzahlung der dazu gehörigen Capitalien Seitens des Schuldners und neuer Anlegung derselben erforderlich. Dies ist angeordnet im § 130 („In beiden Fällen muß, wenn die Stiftungs-Urkunde nicht das Gegentheil verordnet, die anderweitige Belegung unter gerichtlicher Aufsicht erfolgen".) und § 131 II, 4 („Der Schuldner eines Fideicommiß-Capitals, der diese Eigenschaft desselben weiß, oder zu wissen schuldig ist, kann dasselbe nur auf richterlichen Befehl, oder in das gerichtliche Depositum sicher bezahlen.").

S. 265 Note 193 hinzuzufügen: Erkenntniß des Ober-Trib. zu Berlin vom 13. October 1864 (bei Striethorst, Archiv LIV. S. 319, auch abgedruckt bei Seuffert, Archiv XVIII N. 264).

Druck von W. Pormetter in Berlin.

Zusätze.

S. 135 ist [illegible] über das österreichische Recht [illegible] hinzuzufügen:

Das Gesetz vom 18. Juni 1868 [illegible] bürgerliche Gesetzbuch [illegible]

[illegible]

Zu S. 181 [illegible]

[illegible]

Zu S. 179 [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Druck von W. Pormetter in Berlin, Neue Grünstraße 30.